

Onno Klopp

Die Verwendung von Forderungen
zur Kreditsicherung
im deutschen und französischen Recht

Ein Beitrag
zur funktionellen Rechtsvergleichung

1969

1970

DIE VERWENDUNG VON FORDERUNGEN

ZUR KREDITSICHERUNG

IM DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHT

Ein Beitrag zur funktionellen Rechtsvergleichung

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der

Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

ONNO K L O P P

aus Münster

1970



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. H e l d r i c h

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. A r n d t

Dekan: Prof. Dr. S e i d e n f u s

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Juli 1969

MEINEN ELTERN

INHALTSÜBERSICHT

	<u>Seite</u>
<u>Einleitung:</u>	
Ziel der vergleichenden Darstellung	1
<u>1. Teil:</u>	
Übersicht über die Kreditsicherungsarten im deutschen und französischen Recht	3
<u>2. Teil:</u>	
Die Verpfändung von Forderungen im deutschen Recht	15
1. Kapitel: Die Voraussetzungen der wirksamen Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung	15
2. Kapitel: Die Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers und -schuldners vor Pfandreife	16
3. Kapitel: Die Verwertung der verpfändeten Forderung	17
<u>3. Teil:</u>	
Darstellung der Sicherungsabtretung im deutschen Recht	19
1. Kapitel: Die Voraussetzungen des Abtretungsvertrages und die Vorteile der Abtretung gegenüber der Verpfändung der Forderung	19
2. Kapitel: Rechte des Sicherungsnehmers bei Fälligkeit der sichernden-abgetretenen-Forderung	28
I. Die Einziehungsermächtigung	28
II. Die Benachrichtigung des Drittschuldners	30
3. Kapitel: Die Rechte des Sicherungsnehmers bei Fälligkeit der gesicherten Forderung	32
I. Das Verwertungsrecht des Zessionars	32
II. Die Rechte des Zessionars im Konkurs des Zedenten und bei Einzelvollstreckungen in das Vermögen desselben	34
<u>4. Teil:</u>	
Die Kreditsicherung durch Forderungen im französischen Recht - Die Verpfändung von Forderungen	37
1. Kapitel: Die Voraussetzungen der Pfandbestellung	38
I. Der Unterschied zwischen dem zivilrechtlichen und dem handelsrechtlichen Pfandrecht	38
II. Die Verpfändbarkeit der Forderungen	40

	<u>Seite</u>
III. Die Voraussetzung der Verpfändung	43
(1) Das Bestehen einer zu sichernden Forderung	44
(2) Die Einigung der Parteien	44
(3) Die Beurkundung des Verpfändungsaktes	44
(4) Die Anzeige an den Drittschuldner	49
(5) Die "Besitzentziehung" des Pfandschuldners	51
2. Kapitel: Rechte des Pfandgläubigers vor Fälligkeit der gesicherten Forderung	55
I. Die gesetzliche Regelung	55
II. Die vertragliche Regelung	57
3. Kapitel: Rechte des Gläubigers bei Fälligkeit der gesicherten Forderung	58
I. Das Verwertungsrecht	59
II. Rechte des Pfandgläubigers im Konkurs des Pfandschuldners	61
III. Die Einziehung der verpfändeten Forderung bei Pfandreife durch den Pfandgläubiger	62
4. Kapitel: Sicherungsbestellung an einer Forderung in einer anderen Form als der Verpfändung	65
5. Kapitel: Anwendungsgebiete der Verpfändung	71
<u>5. Teil:</u>	
Die Provisionsdoktrin	73
1. Kapitel: Die französische Wechselkonzeption	75
I. Die obligatorische Wechselannahme	76
II. Das Verhältnis der zugrundeliegenden Forderung zur Wechselforderung	78
III. Rechtsgrundlage der trotz des einheitlichen Wechselgesetzes verschiedenen Auffassungen	83
IV. Das Recht auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis als Kreditsicherungsmittel	84
2. Kapitel: Definition der Provision	86
I. Die Voraussetzungen der Provision gem. Art. 116 Abs. 2 C.com.	86
II. Weitere Voraussetzungen der Provision	87
3. Kapitel: Rechte des WEchselinhabers an der Provision	90
I. Möglichkeit, aus dem Wechsel und aus der zugrundeliegenden Forderung vorzugehen	90
II. Übergang der Provision auf den Wechselinhaber	92
III. Immobilisierung der Forderung zu Gunsten des Wechselinhabers	93

	<u>Seite</u>
IV. Rechte des Wechselinhabers an der Provision gegenüber pfändenden Gläubigern des Ausstellers und in dessen Konkurs	95
V. Das Recht an der Provision vor Immobilisierung derselben zu Gunsten des Wechselinhabers	98
VI. Rechte an der Provision bei mehreren Wechseln	99
4. Kapitel: Theoretische Begründung der Provisionsdoktrin	99
I. Die von der Rechtsprechung entwickelte Provisionsdoktrin als Ergebnis der Interpretation der Parteivereinbarungen bei Wechselziehung und -begebung	101
II. Begründung der heutigen Ergebnisse	103
<u>6. Teil:</u>	
1. Kapitel: Vergleich der Ergebnisse der Kreditsicherungsformen im deutschen und französischen Recht	105
I. Gegenüberstellung der Ergebnisse der Sicherungsabtretung mit denen der Provisionsdoktrin und der Verpfändung im französischen Recht	105
II. Die Rechtfertigung der Vollrechtsübertragung von Forderungen zu Sicherungszwecken	112
III. Gefahren der Vollrechtsübertragung	115
(1) Übersicherung des Kredits	115
(2) Die doppelte Verwendung derselben Forderung zu Sicherungszwecken	116
2. Kapitel: Die Bedeutung des Sicherungsgeschäftes im Gesamtrahmen des jeweiligen Kreditverhältnisses	118
I. Die "délégation de marché"	119
II. Die Provisionsdoktrin im Verhältnis zu den Aufgaben des Wechsels	119
3. Kapitel: Die aus dem Vergleich zu ziehenden Folgerungen	124

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- Adatto, S.: De la propriété de la provision en matière de lettre de change
Thèse Paris 1922
- Argenson, Toujas, Dutheil: Règlement judiciaire et faillite
Traité et formulaire
2. Aufl., Paris 1963
- Arminjon et Carry: La Lettre de change et le billet à ordre
Paris 1938
- Arndt, Karl: Die "Provisions-Doktrin"-ein Ersatz für die Sicherungsabtretung von Forderungen
in JW 1931, S. 3045
- Aubry et Rau: Cours de Droit civil français
6. Aufl. Bd. VI Paris 1951 (neu bearbeitet von Esmein)
- Barkhausen, Walter: Die Unwirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts
in JW 1949, S. 845
- Battifol, Henri: Droit International Privé
4. Aufl. Paris 1967
- Baudry-Lacantinerie et de Loynes: Traité théorique et pratique du droit civil
Du Nantissement, des Privilèges et Hypothèques
7. Auflage Paris 1906
- Baumbach-Hefermehl: Wechsel- und Scheckgesetz mit Nebengesetzen
9. Aufl. München und Berlin 1967
- Beeser: Abtretung des Bruchteils einer Mehrheit wechseln der Forderungen
in AcP 156 (1957), S. 414
- Boistel: Cours de Droit commercial
4. Aufl. Paris 1890
- Boulanger: Rapport de la commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée
in Bull. de la société d'Etudes législatives 1937
S. 333 (Etudes et Document)
1938 S. 233 (Discussion)
- Bürgerliche Gesetzbuch, Das: Bd. I 2. Teil (§§ 241-432)
11. Aufl. (bearbeitet von Löscher) Berlin 1960
- von Caemmerer, Ernst: Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof
in JZ 1953, S. 97
- Capeller, R.: Die doppelte Sicherungszession an den Waren- und den Geldkreditgeber
in MDR 1956, S. 137

- Capitant, Henri: De la cause des Obligations
3. Aufl. Paris 1927
- Cerban: Etude critique sur la condition de constitution
en gage des choses incorporelles
Thèse Paris 1897
- Colin et Capitant: Traité de Droit civil, refondu par Léon Julliot
de la Morandière,
Bd. II Obligations, théorie générale, droits réels
principaux
Paris 1959
- Dempewolf, Günter: Zur Konkurrenz von verlängertem Eigentums-
vorbehalt und Globalzession
in NJW 1956, S. 851
- Dempewolf, Günter: Verlängerter Eigentumsvorbehalt, Globalzes-
sion und Wechselrecht
in DB 1959, S. 1160
- Demogue: Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle
in Revue critique française de législation et de
jurisprudence 1901
- Dertmann: Die Abtretung von Forderungen
in ZGKW 1949 S. 138
- Dreher: Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Gegenstandes
in AcP 138 (1934), S. 369
- Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse (Lehrbuch des
Bürgerlichen Rechts, begründet von Enneccerus,
Kipp und Wolff)
15. Aufl. Tübingen 1958
- Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
3. Aufl. Münster 1962
- Escarra-Rault: Traité théorique et pratique de Droit commercial
Bd. I Les contrats commerciaux. Les ventes commer-
ciales. Le gage commercial (bearbeitet von Jean
Hémaré)
Paris 1953
- Esser, Josef: Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil
2. Aufl. Karlsruhe 1960
- Fargeaud, Philippe: Le compte courant et ses garanties. Hypo-
thèques et délégations de marchés. Le danger des
privilèges occultes. Etude doctrinale de contentieux
bancaire
Paris 1935
- Feibelmann: Das Recht auf die Deckung beim gezogenen Wechsel
Heidelberg 1932

- Ferronière, Jacques et de Chilloz: Les opérations de Banque
4. Aufl. Paris 1963
- Ficker: L'état du droit comparé en Allemagne
in Revue Internationale de Droit Comparé 1958,
S. 701-718
- Fischer, Norbert: Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehal-
tes der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln
der Geldkreditgeber
Diss. Münster 1956
- Flume, Werner: Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt
in NJW 1950, S. 841
- Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts
in NJW 1959, S. 913
- François: La propriété de la provision en matière de lettre
de change
Thèse Bordeaux 1930
- Guionin, Henri: De la mise en gage des créances et spécialement
de l'avance sur titres
Thèse Paris 1907
- Hahnzog, Klaus: Die Rechtsstellung des Zessionars künftiger
Forderungen
Diss. München 1962
- Hamel, Joseph: La gage commercial. Etudes de Droit commercial
Apprill: Le nantissement des créances et des comptes
Cosnard: Le nantissement des marchés
Paris 1953
- Hamel-Lagarde-Jauffret: Traité de droit commercial Bd. II Propriété
industrielle. Fonds de commerce et baux commerciaux.
Obligations et sûretés. Effets de commerce. Banques
et opérations de banques.
Paris 1966
- Hémard, Jean: La restauration des droits du créancier gagiste en
matière commerciale par la jurisprudence français
in Mélanges Roger Secrétain
Montreux-Lausanne 1964
- Hémard, Jean: Contrats commerciaux
in Revue trim. dr. commercial 1948, S. 122
- Herold-Lippisch: Handels- und Börsenrecht
2. Aufl. Berlin-Frankfurt 1962
- Hirsch: Der Rechtsbegriff der Provision im französischen
und internationalen Wechselrecht
Berlin 1930
- Hofmann, Walter: Handbuch des gesamten Kreditwesens unter Mitwir-
kung von Dermitzel, Hofmann und Lang
6. Aufl. Frankfurt 1960
- Huc, Théophile: Commentaire théorique et pratique du code civil
Paris 1892-1903

- Jaeger-Lent: Konkursordnung mit Einführungsgesetzen
Bd. I bearbeitet von Lent
8. Aufl. Berlin 1958
- Koch, Arwed: Banken und Bankgeschäfte
Jena 1931
- Kredit im Recht
Jena 1925
- Kommission Gilet: La modernisation des techniques du
crédit à court terme
in Notes et Etudes Documentaires
Paris 14.1.1967, Nr.3354
(auszugsweise wiedergegeben in Banque 1967, S.5)
- Kötter, Hans Wilh.: Die Tauglichkeit der Vorausabtretung als
Sicherungsmittel des Geld- und Warenkredits unter
besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung
des Bundesgerichtshofs
Frankfurt 1960
- Lacour et Bouteron: Précis de Droit commercial
3. Aufl. Paris 1925
- Lagarde, Gaston: Portée internationale d'une interprétation
nationale de la loi uniforme sur la lettre de
change et le billet à ordre
in Mélanges Roger Secrétan
Montreux-Lausanne 1964
- Lange, Heinrich: Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung
in NJW 1950, S.565
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts
Bd. I Allgemeiner Teil
7. Aufl. München-Berlin 1964
Bd. II Besonderer Teil
7. Aufl. München-Berlin 1965
- Lehmann, Heinrich: Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und
Forderungen
Stuttgart 1937
- Lent-Jauernig: Zwangsvollstreckung und Konkursrecht
10. Aufl. München und Berlin 1966
- Lescot: Des exceptions opposables par le tiré au
tireur d'une lettre de change
in JCP 1942.1.252
- Lescot et Roblot: Les effets de commerce. Lettre de change.
Billets à ordre et au porteur.
Warrants
Paris 1953
- von Lingenthal-Crome: Handbuch des Französischen Civilrechts,
Bd. 2
8. Aufl. Freiburg 1894

- Lyon-Caen et Renault: Traité de droit commercial
5. Aufl. Paris Bd. I 1921; Bd. III 1923; Bd. IV 1925
- Marty et Raynaud: Droit civil Bd. II. Les obligations
Paris 1962
- Mazin:
Etude pratique-Remise d'une créance en garantie
d'une dette-Nantissement-Transfert et délégation
en garantie
in Rép. général pratique du notariat de France et
d'Algérie 1931 Nr. 22721
- Miller, Fritz-Georg: Zur Interdependenz von Wechsel und Grund-
forderung zwischen den ersten Parteien des gezo-
genen Wechsels nach dem Genfer Einheitlichen Wech-
selgesetz
Diss. Berlin 1967
- Neis, Kurt: Der Wechsel und seine Deckung
Berlin 1939
- Palandt
Bürgerliches Gesetzbuch
27. Aufl. München-Berlin 1968
- Paul, Willy: Diskontierungsgeschäft und Treuhand
Frankfurt 1937
- "Gedekte" Warenwechsel? Eine rechtsvergleichende
Betrachtung zum Kreditsicherungsrecht
in Zeitschrift für das gesamte Handels- und Kon-
kursrecht Bd. 102 (1936), S. 319
- Planiol-Ripert: Traité de Droit civil français
Bd. VII Obligations, bearbeitet von Esmein,
Radouant, Gabolde
2. Aufl. Paris 1954
Bd. XII Sûretés réelles, bearbeitet von Bécqué
2. Aufl. Paris 1953
- Quincardet: La notion de gage en Droit privé français
Thèse Bordeaux 1937
- Ripert-Durand-Roblot: Traité élémentaire de Droit commercial
Bd. II Effets de commerce - contrats commerciaux -
faillite et règlement judiciaire - droit fiscal
des affaires
5. Aufl. Paris 1964
- Ripert-Boulanger: Traité de droit civil d'après le traité de
Planiol
Bd. II Obligations. Contrat. Responsabilité.
Droit réels. Bien-propriété
Paris 1956
- Rogier, Suzanne: De la mise en gage des créances en droit français
Thèse Paris 1929
- Roost:
Deckung und Deckungsforderung beim gezogenen Wechsel
Diss. Bern 1938
- Schlogel, Maurice: Le recours au crédit bancaire en France et
en Allemagne. Techniques comparées
in Banque 1959, S. 369

- Scholz, Hellmut: Das Recht der Kreditsicherung
3. Aufl. Berlin 1965
- Schumann: Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen
und englischen Recht
Marburg 1924
- Sentz, Walter: Die Forderungsabtretung als Kreditsicherung
Diss. Berlin 1939
- Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung
Monographie in 3 Bänden
Bd. I Der einfache Eigentumsvorbehalt
Heidelberg 1963
Bd. II 1. Teil Die einfache Sicherungsübertragung
Heidelberg 1965
- Probleme bei mehrfacher Abtretung künftiger Forde-
rungen
in Betriebsberater 1960, S. 141
- Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch
Bd. II Schuldrecht I (§§ 241-610)
Bearbeiter Schmidt
10. Aufl. Stuttgart 1967
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfüh-
rungsgesetz und Nebengesetzen
11. Aufl. Bd. III 1. Teil Berlin 1956
- Tardon, Joaquin Viljil: La provision de la lettre de change
(Droit comparé-Loi uniforme)
Thèse Lausanne 1939
- Thaller-Percerou: Traité de Droit commercial
8. Aufl. Paris 1931
- Thibault: Le gage commercial constitué par des créances
in Les Etudes pratiques de Droit commercial
1937, S. 261
- Toujas, Georges: Traité des effets de commerce
Bd. I Paris 1936
Bd. II Paris 1938
- Voegeli, Roger: La provision de la lettre de change et son
attribution au porteur
Thèse Lausanne 1947
- Wahl, Albert: Précis théorique et pratique de droit commercial
Paris 1922
- Wahl, Albert: Die französische Wechselprovisionslehre
in Zeitschrift für ausländisches und internationa-
les Privatrecht Bd. 4 (1930), S. 408
- Westermann, Harry: Sachenrecht
5. Aufl. Karlsruhe 1966
- Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung
bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen
in Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe -
Schriftenreihe 1954-1956 Nr. 11

- Wieacker: Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögensordnung
in DRWi 1941, S.49
- Wolff-Raiser: Sachenrecht (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff)
10. Aufl. Tübingen 1957
- Zweigert, Konrad: Des solutions identiques par des voies différents in Revue Internationale de Droit Comparé
1966, S.5-18
- ders. Méthodologie du droit comparé
in Mélanges Jacques Maury, Bd.1 (1960), S.579 ff.

Verzeichnis der weniger gebräuchlichen Abkürzungen

AcP	Archiv für die civilistische Praxis, hrsg. von H.G. Isele, Tübingen
B.S.E.L.	Bulletin de la Société d'Etudes Législatives
Cass.	Cour de Cassation
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de commerce
Civ.	Chambre civile der Cour de Cassation
Com.	Chambre commerciale der Cour de Cassation
D.	Recueil Dalloz. Paris, Jahrgang, Teil, Seite
D.H.	Dalloz Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence Paris, Jahrgang, Teil, Seite
D.P.	Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine, fondé par M. Dalloz, Paris. Jahrgang, Teil, Seite
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais, Supplément au Journal Judiciaire. Paris. Jahrgang, Teil, Seite
JCP	Juris Classeur Périodique - La Semaine Juridique, in Paris erscheinende Zeitschrift
Rev.trim.dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil, Paris Jahrgang, Seite
Rev.trim.dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial, Paris Jahrgang, Seite
S.	Recueil général des Lois et des arrêts, Paris, gegründet von J.B. Sirey Jahrgang, Teil, Seite

Einleitung:

Verschiedentlich schon wurde die Frage untersucht, ob die französische Provisionsdoktrin in ihren Wirkungen denen der deutschen Sicherungsabtretung entspreche und damit das wirtschaftliche Äquivalent für diese in einem anderen Rechtssystem sei.¹

Ziel dieser Untersuchungen war, entweder die wirtschaftliche Notwendigkeit der Sicherungsabtretung durch die Tatsache nachzuweisen, daß auch in einem anderen Recht ähnliche Ergebnisse angestrebt und erzielt werden wie bei der deutschen Sicherungsabtretung,² oder aber die Einführung einer der französischen Provisionsdoktrin ähnlichen Lösung in das deutsche Recht zu propagieren.³

Die vorliegende Abhandlung will nicht von der Fragestellung ausgehen, ob ein bestimmtes Institut des französischen Rechts der deutschen Sicherungsabtretung entspricht. Ein solches Vorgehen würde voraussetzen, daß die systematische Struktur des französischen Rechts der des deutschen entspricht und ein Institut des deutschen Rechts einem bestimmten anderen im französischen Recht zu vergleichen ist. Die Struktur eines Rechts und dessen einzelne Institute sind aber nicht von der Natur vorgegeben. Vielmehr kann ein wirtschaftliches Bedürfnis in zwei verschiedenen Rechtskreisen durch Institute befriedigt werden, deren systematische Einordnungen in die jeweilige Rechtsstruktur sich nicht entsprechen.

Eine vergleichende Arbeit muß vielmehr eine funktionelle Methode anwenden, d.h. sie muß untersuchen, wie ein wirtschaftliches oder rechtliches Problem durch die verschiedenen Institute und Rechtsbegriffe gelöst wird.⁴ Ausgangspunkt der Arbeit ist daher nicht

1 Arndt, JW 1931, S.3045; Neis, S. 101 ff; Feibelmann, S.42 ff; Tardon, S.109 ff..

2 so Arndt, a.a.O..

3 Neis, S. 104 ff..

4 vgl. Zweigert, Méthodologie du droit comparé, in Mélanges Maury, Bd.1, S.579; ders. in Rev.Intern.de Droit comparé 1966, S.5 ff; Ficker, Rev.Intern.de Droit Comparé 1958, S.701 ff..

ein bestimmtes Institut des deutschen Rechts, sondern es soll hier erörtert werden, wie ein wirtschaftliches Problem - die Verwendung der Außenstände des Kaufmannes und Unternehmers zur Kreditsicherung - im deutschen und französischen Recht gelöst wird.

Dabei müssen natürlich im deutschen Recht in erster Linie die Ergebnisse der Sicherungsabtretung behandelt werden, denn die zur Sicherung vom Gesetzgeber vorgesehene Verpfändung der Forderung spielt heute nur eine ganz untergeordnete Rolle. Dem Sicherungsgeber ist die zur wirksamen Verpfändung notwendige Anzeige an den Drittschuldner mißlich, da er damit sein Kreditbedürfnis offenkundig macht. Auch hat der Sicherungsnehmer bei der Abtretung der Forderung als Vollrechtsinhaber eine klarere und einfachere zu beweisende Stellung als bei der Verpfändung. Die Sicherungsabtretung wird daher der Verpfändung von Forderungen vorgezogen. Dennoch soll die Verpfändung von Forderungen im deutschen Recht erörtert werden, um ein vollständiges Bild der Institute zu geben, die im deutschen Recht die Sicherung von Krediten durch Forderungen ermöglichen.

Im französischen Recht bieten sich zwei Institute des Privatrechts an, die der Sicherung durch Forderungen dienen können. Das sind die sog. Provisionsdoktrin, die im Zusammenhang mit dem gezogenen Wechsel gesehen werden muß, und die Verpfändung von Forderungen. Ihre Eigenheiten und Wirkungen sollen erörtert und mit denen der Sicherungsabtretung und der Verpfändung im deutschen Recht verglichen werden.

Aus dieser Gegenüberstellung der verschiedenen Formen der Kreditsicherung durch Forderungen können dann eventuell Schlüsse gezogen werden, wie im deutschen Recht die bei der Sicherungsabtretung auftretenden Nachteile vermieden werden könnten, und ob eine dem französischen Recht ähnliche Regelung der Kreditsicherung durch Forderungen im deutschen Recht möglich wäre.

Damit ergibt sich notwendigerweise die Reihenfolge der Untersuchung: Nachdem die verschiedenen Arten der Kreditsicherung definiert worden sind und ein gemeinsamer Ausgangspunkt für die Fra-

gestellung im französischen und deutschen Recht gefunden worden ist, sollen zunächst die Ergebnisse der Sicherungsabtretung untersucht werden. Diesen müssen im französischen Recht die Verpfändung von Forderungen und die Provisionsdoktrin gegenübergestellt werden. Schließlich sollen die erörterten Möglichkeiten der Kreditsicherung durch Forderungen verglichen und der Versuch gemacht werden, sie in den Gesamtzusammenhang mit den jeweiligen Kreditverhältnissen zu stellen. Erst dann läßt sich die Frage beantworten, ob und welche Ähnlichkeiten zwischen der deutschen und der französischen Lösung des Problems, die Außenstände des Kaufmanns und Unternehmers zur Kreditsicherung zu mobilisieren, bestehen.

1. Teil Übersicht über die Kreditsicherungsarten im deutschen und französischen Recht

Bei der Vergabe von Krediten legt der Kreditgeber großen Wert auf Sicherheit für seine Forderung gegen den Schuldner. Grundsätzlich haftet ihm das gesamte Vermögen des Schuldners. Daraus ergibt sich aber für den Gläubiger Unsicherheit in zweierlei Hinsicht: Er ist nicht geschützt gegen den Wechsel der das Vermögen des Schuldners bildenden Gegenstände und dagegen, daß er im Konkurs seines Schuldners nur anteilmäßig abgefunden wird, weil die übrigen Gläubiger dieselben Zugriffsmöglichkeiten haben.¹

Im französischen Recht hebt Art. 2092 C.civ. ausdrücklich hervor, daß jeder, der sich in seiner Person verpflichtet hat, mit dem gesamten gegenwärtigen und zukünftigen beweglichen und unbeweglichen Vermögen für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit haftet.

In Art. 2093 C.civ. heißt es weiter, daß das Vermögen des Schuldners das "gemeinsame Pfand" seiner Gläubiger darstellt (*Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*), und der Erlös unter ihnen anteilmäßig verteilt wird, es sei denn, daß unter den Gläubigern rechtmäßige Vorzugsrechte bestehen.

¹ Larenz I. § 2, S.15 ff, 17.

Dieser Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger, sofern keine Vorzugsrechte bestehen, findet sich im deutschen Recht nicht wörtlich formuliert, doch liegt er der Konkursordnung zugrunde,¹ wie sich aus den §§ 3, 14, 61 der Konkursordnung ergibt.²

Allerdings ist der vom französischen Gesetzgeber gebrauchte Ausdruck "gage commun" irreführend, da der Schuldner weiterhin im Besitze seines Vermögens bleibt und darüber verfügen kann, was beim Pfand im engeren Sinne nicht der Fall ist.³ Gerade dieses freie Verfügungsrecht des Schuldners über sein Vermögen und die gemeinsamen Zugriffsmöglichkeiten aller Gläubiger des Schuldners bringen für den einzelnen Gläubiger das Risiko mit sich, die ihm geschuldete Leistung nicht zu erlangen.

Dieses Kreditrisiko, das der Gläubiger hinsichtlich der tatsächlichen Erlangung der geschuldeten Leistung trägt, gilt es zu mindern. Unter Kreditsicherung sind daher solche Rechtsgeschäfte zu verstehen, die die Gläubigergefahr der Nichterlangung der geschuldeten Leistung infolge Unvermögens des Schuldners mindern.⁴

Das Kreditrisiko kann einmal durch eine sog. Personensicherheit gemindert werden. Das bedeutet, daß das Sicherungsrecht sich als ein persönlicher Anspruch des Sicherungsnehmers gegen den Sicherungsgeber darstellt.⁵

Ein so gesicherter Kredit, Personalkredit genannt, hat normalerweise nur Wert, wenn Sicherungsgeber und Schuldner der gesicherten Forderung nicht identisch sind, denn bei der Personensicher-

1 Lent-Jauernig, § 41, III, S.130 u. § 38 I, S.120.

2 Enn.-Lehmann, § 1,V.

3 Planiol-Ripert-Radouant VII, Nr.796 ff..

4 Paul, Gedeckte Warenwechsel, ZGHR, 102 (1936), S.319; nicht unter die Kreditsicherung fallen Rechtsgeschäfte, bei denen ein Kreditinstitut die gleichmäßige Liquidität eines Unternehmens dadurch sichert, daß es die laufenden Forderungen des Unternehmens unter Einkalkulierung des in ihnen enthaltenen Risikos kauft. Hierbei handelt es sich nur um eine Verschiebung des Kreditrisikos vom Lieferanten oder Unternehmer auf die Bank. Zu dieser unter der Bezeichnung "Factoring System" bekannt gewordenen Finanzierungsart: Serick II, § 24 I 1 m.w.N.; Rödl, BB 1967, S.1301-1304.

5 Scholz, N 9, S.26; Larenz, I S.15 ff (17).

heit haftet wiederum das ganze Vermögen des Sicherungsgebers. Eine Ausnahme davon bildet nur der Fall, daß die sichernde Forderung selbst mit weiteren - dinglichen - Sicherheiten, z.B. einer Hypothek, ausgestattet ist.

Auch bei der Personensicherheit ist der Sicherungsnehmer nicht geschützt gegen die Vermögensschwankungen und hat nur die gleichen Zugriffsmöglichkeiten wie die anderen Gläubiger. Der Vorzug der Personensicherheit besteht darin, daß dem Gläubiger mehrere Schuldner persönlich mit ihrem gesamten Vermögen für die Bezahlung der gesicherten Forderung haften. So wird auch in Frankreich die Personensicherheit (*sûreté personnelle*) dahin definiert, daß sie einem ursprünglich verpflichteten Schuldner einen oder mehrere Schuldner hinzufügt, deren Vermögen neben dem des ursprünglich Verpflichteten für die Erfüllung der Verbindlichkeit haften.¹

Eine andere Sicherungsmöglichkeit wird dadurch gewährt, daß sich der Gläubiger ein Sicherungsrecht an einem bestimmten Vermögensgegenstand des Schuldners bestellen läßt. Dieser Vermögensgegenstand soll nicht den Schwankungen des Schuldnervermögens unterliegen, und der Gläubiger soll das Recht erhalten, sich aus dem durch die Verwertung dieses Gegenstandes erzielten Erlös für seine Forderung vor allen anderen Gläubigern zu befriedigen.

Ein auf diese Weise gesicherter Kredit wird Realkredit genannt, die solcherart gewährte Sicherheit Sachsicherheit (Realsicherheit).² Auch in diesem Begriff besteht Übereinstimmung mit dem französischen Recht: Zum Beispiel definieren Planiol-Ripert-Béqué die Realsicherheit folgendermaßen: *Le créancier ... invoque une sûreté réelle lorsque dans le patrimoine de son débiteur, certains éléments lui sont affectés d'une manière spéciale, de telle sorte qu'il puisse réclamer un droit de préférence sur le prix de vente de ces éléments; il peut alors se faire payer avant les autres et il échappe à la loi du concours.*³

¹ Planiol-Ripert-Radouant, Nr.796 ff und Definition: Planiol-Ripert-Béqué XII Nr. 1 ff..

² Scholz, S. 28, N.10.

³ Planiol-Ripert-Béqué XII, Nr. 1 ff..

Als Sicherungsobjekte bieten sich sämtliche Vermögensgegenstände des Schuldners an: Bewegliche, unbewegliche Sachen und Rechte, darunter insbesondere Forderungen.

Forderungen werden sowohl im deutschen als auch im französischen Recht als Vermögensgegenstände angesehen. In Deutschland wird die Forderung als das Anrecht auf eine bestimmte Leistung des Schuldners definiert.¹ Da dieses Anrecht im allgemeinen auf eine vermögenswerte Leistung - z.B. Zahlung einer Geldsumme im hier interessierenden Fall² - gerichtet ist, hat die in der Forderung enthaltene Aussicht, die geschuldete Leistung demnächst zu erhalten, einen gegenwärtigen Vermögenswert für den Berechtigten. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise wird auch von der Rechtsordnung anerkannt; die Forderung wird als Vermögensgegenstand angesehen, über den der Berechtigte verfügen kann, und der dem Zugriff der Gläubiger des Berechtigten in der Zwangsvollstreckung unterliegt.³

Die gleiche wirtschaftliche Betrachtungsweise der Leistungsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner wird heute auch in Frankreich vorgenommen. Allerdings ging der Gesetzgeber des Code civil noch von einer rein subjektiven Auffassung des Schuldverhältnisses (obligation) aus. Im Vordergrund der Betrachtungsweise stand das "vinculum iuris", die Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger, die letzterem ein Recht über die Person des Schuldners gab. Nachdem die physische Gewalt über den Schuldner abgeschafft worden war, wurde in der Forderung mehr ein Recht des Gläubigers am Vermögen des Schuldners gesehen. Da aber die französische klassische Theorie das Vermögen als einen Ausdruck der Person ansieht und auch kein Zweckvermögen kennt, blieb auch hiernach die subjektive Seite der Forderung im Hauptblickfeld, nämlich das Rechtsband zwischen Schuldner und Gläubiger.⁴

1 Vgl. §§ 194, 241 BGB; Larenz I, § 29, S.338 ff..

2 Vgl. unten S.9.

3 Wieacker, DRWi 1941, S.49 ff., insbes. S.61; Larenz, a.a.O..

4 Vertreter der subj. Theorie: Aubry et Rau, 5.Aufl.IX, §575-583; dagegen schränkt Esmein in der 6.Aufl. die Theorie etwas ein: Bd.II, § 162, Bd.IX, § 574.

Erst mit Duguit und Saleilles¹ wurde die objektive Seite des Schuldverhältnisses, nämlich die Forderung als passiver Vermögenswert des Schuldners und aktiver des Gläubigers hervorgehoben. Die neuere französische Rechtslehre nimmt eine Mittelstellung ein, indem sie von der subjektiven Theorie ausgeht, das Schuldverhältnis aber durchaus als Vermögenswert anerkennt.² Insoweit kann man sagen, daß das französische und das deutsche Recht vom gleichen Standpunkt ausgehen.

Erkennt man nun die Forderung als Vermögensgegenstand an, dann fällt auch die Sicherung durch eine Forderung unter den sog. Realkredit, denn - auf das Vermögen des Schuldners (Sicherungsgebers) gesehen - wird ein bestimmter Vermögensgegenstand - die Forderung - "herausgeschält", der dem Gläubiger als Sicherheit dienen soll und nicht den Schwankungen des Schuldnervermögens unterliegt.

Dieses Sicherungsrecht beinhaltet aber wiederum, von einem Dritten eine Leistung (Zahlung einer Geldsumme in dem hier interessierenden Fall) fordern zu können. Für diese Forderung haftet der Drittschuldner mit seinem gesamten Vermögen. Der Fall liegt also wie bei der Personensicherheit, deren Vorzug darin gesehen wird, daß mehrere Schuldner dem Gläubiger mit ihrem gesamten Vermögen haften. Die Kreditsicherung durch Forderungen ist daher nicht eindeutig zum sog. Realkredit und auch nicht zum Personalkredit zu zählen. Aber nicht nur hier zeigt sich die besondere Natur der Forderung.³ Ihr Charakter als ein nur gedachter Gegen-

1 R. Saleilles, Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand. Zur geschichtlichen Entwicklung s. auch: Marty et Raynaud, Bd. 2, 1. Teil, Nr. 3; Gaudemet, S. 12 ff..

2 Marty et Raynaud, Bd. 2, 1. Teil, Nr. 3 m.w.N.; Gaudemet, S. 12 ff..

3 Diesen Besonderheiten der Forderung soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit Rechnung getragen werden, indem bei der Gegenüberstellung von Sicherungsabtretung im deutschen Recht und Verpfändung von Forderungen und Provisionsdoktrin im französischen Recht folgende Schwerpunkte gebildet werden sollen: 1. Die Bestellung des Sicherungsrechtes, wobei insbesondere die Frage untersucht werden soll, welche Forderungen sich zur Sicherstellung in der jeweiligen Form eignen. 2. Das Verhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer vor Fälligkeit der gesicherten Forderung. 3. Die Rechte des Sicherungsnehmers bei Fälligkeit der gesicherten Forderung.

stand wirkt sich vielmehr praktisch auch auf die Bestellung des Sicherungsrechtes aus.¹ Eine körperliche Übergabe ist nicht möglich, es müssen andere Formen zur Sicherungsbestellung angewendet werden.

Aus der Definition der Forderung als eines Anrechtes auf eine Leistung² ergibt sich das Problem, wer zur Entgegennahme dieser Leistung berechtigt ist, wenn die zur Sicherheit gegebene Forderung vor der gesicherten Forderung fällig wird, eine Frage, die sich bei körperlichen Gegenständen nicht in dieser Weise stellt.

Die dritte wichtige Besonderheit gegenüber körperlichen Gegenständen, die sich aus der Natur des Sicherungsgegenstandes ergibt, wird bei seiner Verwertung deutlich. Im Gegensatz zum körperlichen Gegenstand, bei dem der Sicherungsnehmer sich aus dem durch den Verkauf des Gegenstandes erzielten Erlös befriedigen kann, bietet sich bei der Forderung ihre Einziehung als Verwertungsart an. Die Außenstände des Kaufmannes oder Unternehmers sind Forderungen, die auf die Leistung einer Geldsumme gerichtet sind. Sie können unmittelbar, ohne weitere Verwertungsakte, der Befriedigung des einziehenden Gläubigers dienen, soweit dieser ein Anrecht darauf hat.

Allerdings besteht der Vermögenswert der Forderung, solange ihr Schuldner noch nicht geleistet hat, nur in der Aussicht, die geschuldete Leistung demnächst tatsächlich zu erhalten.

Wie weit sich diese Aussicht verwirklichen läßt, hängt im wesentlichen von den Vermögensverhältnissen des Schuldners ab; der Wert der Forderung läßt sich also nicht ganz objektiv feststellen. Hier zeigt sich einmal mehr, daß eine gänzliche Verobjektivierung der Forderung und damit ihre Gleichstellung mit den körperlichen Gegenständen nicht möglich ist. Die Forderung bleibt ein Rechtsband zwischen zwei Personen, und ein Verkauf oder eine Versteigerung, wie sie z.B. in Art. 2078 C.civ. und § 1284 BGB vorgesehen sind, erscheint doch zumindest dem Charakter der Forderung nicht angepaßt.

¹ Larenz, I, § 29 III, S.341; Serick II, § 24 II 2, S.277 u. § 21 I 2, S.151 f..

² Vgl. § 241 BGB; Larenz, I, § 29, S.338.

Die besondere Natur der Forderung hat nicht immer in vollem Maße Beachtung beim Gesetzgeber gefunden, wofür gerade die Verpfändung von Forderungen im französischen Recht ein Beispiel ist. Die Verpfändung von Forderungen im französischen Recht wird nämlich nicht so sehr von der subjektiven Konzeption der Forderung beeinflusst, als vielmehr durch die Gleichstellung der Verpfändung von Forderungen mit der körperlicher Gegenstände.¹

Die Verwertung von Forderungen zur Kreditsicherung ist trotz der verschiedenen Konzeptionen im deutschen wie im französischen Recht bekannt und wird in beiden Rechtsordnungen als notwendig angesehen. Als hauptsächlich in Frage kommendes Sicherungsobjekt des Kaufmannes und des Unternehmers bieten sich hier wie dort die sog. Außenstände an; das sind Geldforderungen des Kaufmannes oder Unternehmers gegen seine Kunden für Waren, die er geliefert, oder Dienstleistungen, die er ihnen erbracht hat.

Bei der Lieferung von Waren wird der Kaufmann nämlich im allgemeinen gezwungen sein, seinen Kunden einen Kredit (oder auch Ziel genannt) zu gewähren, bis der Kunde aus dem Verkauf der Waren die Mittel zu deren Bezahlung erlangt hat. Durch die Mobilisierung dieser Forderungen versucht der Kaufmann in der Zwischenzeit einen Bankkredit zu erlangen, um seine eigenen Verpflichtungen erfüllen zu können oder sein Betriebskapital zu verstärken.²

Ähnlich liegt z.B. der Fall beim Werkunternehmer. Der Besteller wird erst endgültig zahlen, wenn der Auftrag ausgeführt ist. Zur Ausführung braucht der Unternehmer aber Kapital, das er sich durch die Mobilisierung seiner Forderung gegen den Besteller als Kreditgarantie bei einer Bank besorgen kann.

Die Bedeutung der Forderungen des Kaufmannes gegen seine Kunden braucht nicht betont zu werden. Diese sog. Außenstände gehen also auf die Leistung einer Geldsumme und können im deutschen Recht gem. § 398 BGB durch einen einfachen Vertrag zwischen dem Zedenten und Zessionar übertragen werden. Ihnen entsprechen im fran-

¹ Hamel-Apprill, S.486.

² Baumbach-Hefermehl, Einleitung. WG, Rdnr.45 ff; Herold-Lippisch, S.48; Paul, Diskontierungsgeschäft und Treuhand, S.13 ff..

zösischen Recht die sog. "créances à personne dénommée", deren Übertragung gem. Art. 1690 C.civ. durch Einigung der Parteien über die Abtretung und Anzeige der Abtretung an den Drittschuldner erfolgt.

Die vorliegende Arbeit will sich darauf beschränken, die Kreditsicherung durch Verwendung der oben beschriebenen Forderungen im deutschen und französischen Recht zu erörtern. Dabei sollen Gegenstand der Untersuchung die tatsächlich gebräuchlichen Rechtsinstitute sein. Es erscheint im Rahmen dieser Arbeit zu weitgehend, z.B. im deutschen Recht die Verpfändung von Forderungen eingehend zu untersuchen, obwohl die Verpfändung ursprünglich als Form der Kreditsicherung durch Forderungen vom Gesetzgeber vorgesehen war. Die wirtschaftlichen Gegebenheiten und die praktischen Bedürfnisse¹ haben aber dazu geführt, daß heute in Deutschland die Kreditsicherung in Form der Sicherungsabtretung vorherrscht.²

Man könnte sich fragen, ob in Deutschland neben der Kreditbeschaffung durch den Wechsel ein Bedürfnis besteht für eine weitere Verwendung der zugrundeliegenden Forderung als Kreditsicherungsmittel. Theoretisch bildet nämlich auch in Deutschland die Umwandlung der Forderung des Kaufmanns oder Unternehmers gegen seinen Kunden in eine Wechselforderung die beste Form, die gewährten Kredite zu mobilisieren. Die sog. Wechselstrenge, das Prinzip, wonach dem gutgläubigen Wechselinhaber keine Einwendungen entgegengehalten werden können, die sich aus den unmittelbaren Beziehungen zu einem vorhergehenden Wechselunterzeichner oder zum Aussteller ergeben, und die solidarische Haftung der Wechselunterzeichner erhöhen die Umlauffähigkeit des Wechsels und bewirken, daß sich der Wechselaussteller oder Wechselnehmer durch Diskontierung den vollen Betrag der Wechselforderung, unter Abzug der Zwischenzinsen, auszahlen lassen kann.³ In vielen

1 Vgl. dazu u.S. 44.

2 Die Verwendung der genannten Forderungen zur Kreditsicherung ist insbesondere in den 30er Jahren unter dem Namen "Diskontierung von Buchforderungen" bekannt geworden. Dazu: Paul, Diskontierungsgeschäft und Treuhand, S.13 ff..

3 Arwed Koch, S.300; Neis, S.104; Herold-Lippisch, a.a.O..

Branchen und insbesondere bei Geschäftsbeziehungen mit staatlichen Behörden ist es aber nicht üblich oder möglich, ein Akzept zu erhalten. Oftmals will sich der Schuldner einfach nicht der strengen Wechselhaftung unterwerfen. Manchmal wird von den Schuldnern das Akzept verweigert, weil sie den Anschein vermeiden wollen, auf die Inanspruchnahme von Kredit angewiesen zu sein. In der Ausstellung und Annahme eines Wechsels wird aber ein solches erhöhtes Kreditbedürfnis gesehen. Daher besteht die Notwendigkeit einer diskreten Sicherung (Mobilisierung) der gewährten Kredite, und das hat in Deutschland u.a. zur Entwicklung der Sicherungsabtretung geführt. Hinzu kommt noch, daß im deutschen Recht auch bei der Umwandlung der Forderung in einen Wechsel das Bedürfnis bestehen bleibt, diese Wechselforderung zu sichern. Denn im Falle, daß der Aussteller vor Wechselannahme in Konkurs fällt, steht dem Wechselinhaber kein Recht aus dem Wechsel gegen den Bezogenen zu. Auf das der Wechselziehung zugrundeliegende Rechtsverhältnis kann der Wechselnehmer oder einer der weiteren Wechselinhaber nur zurückgreifen, wenn der Wechselaussteller ihm die zugrundeliegende Forderung abgetreten hat. Es gibt im deutschen Recht nicht einmal eine Vermutung für eine solche Abtretung, und auch ein entsprechender Handelsbrauch besteht nicht.¹

Die entstehende Lücke versuchen die Banken dadurch auszufüllen, daß sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbaren, daß die der Wechselziehung zugrundeliegende Forderung zur Sicherung des gewährten Kredites dienen soll. Als Sicherungsform bedienen sie sich dabei der Sicherungsabtretung.² Die vom Gesetzgeber zur Sicherung vorgesehene Verpfändung wird abgelehnt, weil sie eine diskrete Sicherung unmöglich macht. Ihre Wirksamkeit setzt die Anzeige der Verpfändung an den Drittschuldner voraus; außerdem gewährleistet sie nicht die schnelle Verwertung der zur Sicherheit gegebenen Forderung.

¹ Baumbach-Hefermehl, Einleitung. WG, Rdnr. 41 ff..

² vgl. z.B.Nr. 44 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des privaten Bankgewerbes, abgedruckt bei Hofmann, S.629.

Dieser im deutschen Recht gebräuchlichen Kreditsicherungsform kann aber nicht einfach die Verpfändung oder "Abtretung zur Sicherheit"¹ im französischen Recht gegenübergestellt werden. Zur Wirksamkeit der Abtretung gegenüber Dritten ist gemäß Art. 1690 C.civ. die Anzeige (Signification) der Abtretung an den Schuldner erforderlich. Die vom deutschen Sicherungsgeber geschätzte Heimlichkeit der Abtretung ist im französischen Recht nicht gegeben. Darüberhinaus haben sich in Frankreich wie in Deutschland für die Verwendung von Forderungen zur Kreditsicherung Formen in der Praxis entwickelt, die zunächst vom Gesetz nicht vorgesehen waren, oder die zumindest eine Weiterentwicklung der gesetzlichen Regelung bilden.

Es handelt sich einmal um das Recht auf die Deckung beim gezogenen Wechsel, die sog. Provisionsdoktrin, die zunächst von der Rechtsprechung entwickelt wurde und dann vom Gesetzgeber 1922 übernommen wurde, und zweitens um die sog. "délégation de marché", das ist die Sicherheitsbestellung für einen Bankkredit durch Verpfändung einer Forderung, die einem Unternehmer auf Grund einer öffentlich oder privat vergebenen Arbeit gegen einen Dritten, meist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, zusteht.² Die "délégation de marché" stellt eine Weiterentwicklung der im Code civil geregelten Verpfändung von Forderungen dar.

Das wirtschaftliche Bedürfnis nach einer einfachen und klaren Sicherungsbestellung und schnellen Übertragungs- und Verwertungsmöglichkeiten hat in Frankreich dazu geführt, den Wechsel zu

1 Es soll hier ausdrücklich nicht von "Sicherungsabtretung" gesprochen werden, weil das französische Recht ein solches Institut nicht kennt. Man müßte von "cession fiduciaire" sprechen. In Frankreich kennt man nur eine "cession à titre de garantie", eine aufschiebend bedingte Abtretung. Bedingung ist die Nichterfüllung der gesicherten Forderung. Dazu s.u. 63 f. u. Hamel-Lagarde-Jauffret Nr.1275. Dieses Institut soll im Zusammenhang mit der Verpfändung der Forderung dem Sicherungsnehmer die Möglichkeit geben, die verpfändete Forderung bei Fälligkeit selbst einzuziehen. (Dazu unten S.63). Der Begriff "cession à titre de garantie" hat aber in der französischen Notariatspraxis auch die Bedeutung von "Verpfändung der Forderung". Dazu: Mazin, Rep.gen.du notariat 1931, Nr.22721, S.221.

2 Vgl. Fargeaud, S. 76.

perfektionieren und mit Sicherheiten auszustatten, die ihm in Deutschland fehlen und die teilweise durch die Sicherungsabtretung ersetzt werden können. Es handelt sich hierbei in erster Linie um das Recht auf die sog. Provision, das ist die dem Wechsellaussteller zum Zeitpunkt der Wechselfälligkeits gegen den Bezogenen zustehende Forderung.¹ Außerdem entwickelte sich der Handelsbrauch, daß Kaufleute aufeinander Wechsel ziehen können und die Verweigerung der Annahme des Wechsels Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann.²

Aber auch in Frankreich lassen sich nicht alle Forderungen des Kaufmannes oder Unternehmers in Wechselforderungen umwandeln. Insbesondere der Staat und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften lassen auch in Frankreich keine Wechsel auf sich ziehen.

Um auch diese Forderungen für die Kreditsicherung zu mobilisieren, ist die Verpfändung von Forderungen, wie sie sich in der Praxis entwickelt hatte, 1935 vom Gesetzgeber für die Forderungen übernommen worden, die dem Unternehmer gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts auf Grund einer öffentlich vergebenen Arbeit zustehen. (Daneben ist natürlich die Verpfändung von Forderungen gegen private Schuldner weiterhin möglich.)³ Durch dieses Gesetz sollten in der Hauptsache die verwaltungsmäßigen Schwierigkeiten behoben werden, die aus der Beteiligung verschiedener Behörden an der Vergabe von Aufträgen und der Befriedigung der sich daraus ergebenden Forderungen herrühren.

Eine Beschränkung der Arbeit auf die Gegenüberstellung der Sicherungsabtretung im deutschen Recht nur mit der Verpfändung von Forderungen oder nur mit der Provisionsdoktrin im französischen Recht scheint nicht möglich, weil die Sicherungsabtretung durch ihre einfachen Voraussetzungen geeignet ist, zur Sicherungsbestellung sowohl an einer Einzelforderung als auch an einem Bestand von wechselnden Forderungen zu dienen. Letzteres

1 Zum wirtschaftlichen Hintergrund der Wechseldiskontierung in Frankreich: Ferronière, Nr. 266 ff..

2 Vgl. Art. 124, Abs. 9 C.civ..

3 Zu wirtschaftlichen und bankrechtlichen Fragen der "délégation de marché": Ferronière, Nr. 369 ff..

macht sie besonders interessant für den Kaufmann, der auf diese Weise nicht gezwungen ist, seine - kurzfristigen - Forderungen zu immobilisieren und dadurch die Geschäftsbeziehungen zu seinem Schuldner zu beeinträchtigen. Das gleiche Ergebnis läßt sich mit der Provisionsdoktrin erzielen. Dennoch stellt die Sicherung eines Bestandes wechselnder Forderungen nur einen Teil des Anwendungsgebietes der Sicherungsabtretung und nur eine Form der Kreditsicherung durch Forderungen dar. Umgekehrt kann man heute in Deutschland die Sicherungsabtretung als die Grundform der Sicherungsbestellung durch eine Forderung bezeichnen und als die gebräuchlichste Art, Forderungen zur Kreditsicherung zu mobilisieren.

Außerdem setzt die Provisionsdoktrin die Einschaltung des Wechsels voraus, was für die Abwicklung des Kreditverhältnisses von Bedeutung ist. Die Sicherungsabtretung hingegen ist möglich, gleichgültig, ob eine Umwandlung der zugrundeliegenden Forderung in eine Wechselforderung stattgefunden hat oder nicht.

Für die isolierte Sicherungsbestellung an einer Einzelforderung sieht das französische Recht nur die Verpfändung der Forderung vor. Daher sollte diese Institution nicht übergangen werden.

Außerdem wird die Bedeutung der Provisionsdoktrin und damit des Wechsels erst deutlich, wenn man gesehen hat, daß die Verpfändung von Forderungen im französischen Recht umständlich und schwerfällig bleibt, wenn auch die Notariatspraxis versucht hat, Erleichterungen zu schaffen. Außerdem ist zu bedenken, daß die Verpfändung der Forderung die einzige Möglichkeit ihrer Mobilisierung als Kreditgarantie darstellt, wenn man nicht die Umwandlung in eine Wechselforderung wählt. Die "délégation de marché", eine Form der Verpfändung, hat in Frankreich auch eine größere Bedeutung als in Deutschland die Verpfändung der Forderung, stellten doch immerhin 1965 die Kredite, für die Forderungen gegen den Staat aus öffentlich vergebenen Aufträgen zur Sicherheit verpfändet wurden, etwa 1/20 des Diskontkredits dar.¹

¹ Rapport Annuel du Conseil National du Crédit, 1965, S.145.

2. Teil: Die Verpfändung von Forderungen im deutschen Recht

Als Mittel der Verwertung von Forderungen zum Zwecke der Kreditsicherung ist im deutschen Recht vom Gesetzgeber die Verpfändung der Forderungen in den §§ 1280-1290 BGB geregelt worden.

1. Kapitel: Die Voraussetzungen der wirksamen Bestellung eines Pfandrechts an einer Forderung.

Gemäß § 1274 BGB erfolgt die Bestellung eines Pfandrechts an einem Recht nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Danach wäre für eine wirksame Verpfändung einer Forderung neben dem Bestehen der zu sichernden Forderung nur eine Einigung der Parteien darüber notwendig, daß dem Pfandgläubiger ein Pfandrecht an der Forderung zustehen soll; denn nach § 398 BGB genügt zur Übertragung einer Forderung die bloße Einigung der Parteien.

Nach § 1280 BGB setzt die Entstehung eines Pfandrechts an einer Forderung die Anzeige der Verpfändung durch den Gläubiger an den Drittschuldner voraus. Die Anzeige ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Verpfändung. Sie muß durch den Gläubiger der verpfändeten Forderung (nicht den Pfandgläubiger) erfolgen. Das schließt nicht aus, daß der Verpfänder den Pfandgläubiger ermächtigt, in seinem Namen die Anzeige zu bewirken.

Die Anzeige ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Der Gläubiger muß zum Ausdruck bringen, daß er die Verpfändung gegen sich gelten lassen will. Die Willenserklärung muß in der Absicht erfolgen, im Sinne des § 1280 BGB anzuzeigen. Sie kann auch durch schlüssige Handlungen erfolgen. Eine anderweitige Kenntnisaufnahme des Drittschuldners von der Verpfändung genügt nicht.¹

Wie bei der Verpfändung beweglicher Sachen die Übergabe der Sache an den Pfandgläubiger soll bei der Verpfändung von Forderungen

¹ Erman-Rönke, § 1280 Anm. 2.

die Anzeige die dingliche Belastung offenkundig machen.¹

Diese Anzeige ist jedoch dem Verpfänder mißlich, da er sie als Schädigung seines wirtschaftlichen Ansehens betrachtet und - bei einer größeren Anzahl von sichernden Forderungen - auch als verwaltungsmäßige Mehrbelastung.

Man ist in Deutschland daher dazu übergegangen, die Forderung dem Kreditgeber abzutreten. Die Abtretung einer Forderung erfolgt gemäß § 398 BGB allein durch einen Vertrag zwischen dem Kreditnehmer (Schuldner) und dem Kreditgeber (Gläubiger) ohne Anzeige an den Drittschuldner. Außerdem genießt der kreditgebende Gläubiger bei der Sicherungsabtretung eine freiere und klarere Stellung als bei der Verpfändung. Er tritt nach außen als Vollrechtsinhaber auf, im Prozeß hat er nur seine Gläubigerstellung, nicht auch das Bestehen der gesicherten Forderung zu beweisen.

Beim Pfandrecht ist dagegen der rechtliche Bestand der gesicherten Forderung insofern von Bedeutung, als das Pfandrecht selbst nicht entsteht, soweit die gesicherte Forderung keinen rechtlichen Bestand hat, und das Pfandrecht untergeht, wenn und soweit die gesicherte Forderung wegfällt.

2. Kapitel: Die Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers und Pfandschuldners vor Pfandreife

Vor dem Eintritt der Pfandreife ist dem Pfandgläubiger jeder Zugriff auf das verpfändete Recht verwehrt. Zahlt auf der anderen Seite der Drittschuldner an den verpfändenden Gläubiger allein, so ist dies dem Pfandgläubiger gegenüber ohne Wirkung, selbst wenn der Drittschuldner von seinem Gläubiger, dem Pfandschuldner, zur Zahlung gezwungen wurde.²

¹ Lehmann, Reform der Kreditsicherung, S.9; Serick II, § 17 V 1; RGZ 89, 289; RG JW 1920, S.558.

² RGZ 77, 253.

Das Gesetz sieht grundsätzlich ein gemeinschaftliches Zusammenwirken von Pfandgläubiger und Pfandschuldner vor, damit der Drittschuldner seine Verpflichtungen auch vor Eintritt der Pfandreife erfüllen kann. Der Drittschuldner kann gemäß der gesetzlichen Regelung nur an beide gemeinschaftlich leisten. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet oder die geschuldete Sache für beide hinterlegt werde.

Gemäß § 1285 BGB sind Pfandgläubiger und Pfandschuldner verpflichtet, zur gemeinschaftlichen Einziehung mitzuwirken. Desgleichen sind vom Gesetz in § 1286 BGB die gegenseitigen Mitwirkungsrechte und -pflichten von Pfandgläubiger und Pfandschuldner bei der Kündigung der verpfändeten Forderung geregelt.

Obwohl das Gesetz selbst die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Pfandgläubigers und Pfandschuldners festlegt, gibt es doch den Parteien nach § 1284 BGB die Möglichkeit, von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen zu treffen. Von dieser Möglichkeit machen die Banken auch Gebrauch, soweit Forderungen überhaupt verpfändet werden. Nach Ziff. 21 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und Ziff. 20 Abs. 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen darf die kreditgebende Bank schon vor Fälligkeit ihrer Forderung die ihr als Pfand haftenden Forderungen kündigen und einziehen.

Die Einziehung der verpfändeten Forderung führt zu einem Pfandrecht des Pfandgläubigers an dem vom Drittschuldner geleisteten Gegenstand ohne eine neuerliche Verpfändung (§ 1287 BGB). Dem Pfandgläubiger steht somit an dem eingezogenen Geldbetrag ein Pfandrecht zu.

3. Kapitel: Die Verwertung der verpfändeten Forderung

Gemäß § 1282 BGB setzt die Verwertung der verpfändeten Forderung die Fälligkeit der gesicherten Forderung, also Pfandreife voraus. Auch diese gesetzliche Voraussetzung kann nach § 1284 BGB abbedungen werden.¹

¹ Vgl. die oben zitierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und der Sparkassen.

Zur Verwertung der verpfändeten Forderung stehen dem Pfandgläubiger nach Pfandreife drei Verfahren zur Verfügung:

1. Er kann auf Grund eines Titels die Zwangsvollstreckung in das verpfändete Recht betreiben und sich nach § 829 ZPO die gepfändete Forderung gemäß § 835 ZPO zur Einziehung oder an Zahlungs Statt zum Nennwert überweisen lassen.
2. Der Pfandgläubiger kann die verpfändete Forderung verkaufen. Dabei hat er aber § 1277 S.2 BGB zu beachten, d.h. er darf eine Vereinbarung, wonach auf die Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Pfandverkaufs gemäß §§ 1235, 1237 S.1, 1240 BGB verzichtet wird, nicht vor dem Eintritt der Pfandreife treffen.
3. Schließlich hat der Pfandgläubiger die Möglichkeit, die verpfändete Forderung bei deren Fälligkeit unter Benachrichtigung des Verpfänders einzuziehen.

Bei der Verpfändung einer Geldforderung ist der Pfandgläubiger nur soweit zur Einziehung berechtigt, als sie zu seiner Befriedigung erforderlich ist. (§ 1281 Abs.1 S.2 BGB). Nach § 1282 Abs. 1 S. 3 BGB kann er Abtretung der Forderung an Zahlungs Statt verlangen, soweit er zur Einziehung berechtigt ist. Zieht der Pfandgläubiger die Forderung nach Pfandreife ein, so gilt die Forderung des Pfandgläubigers nach § 1288 Abs.2 BGB als von dem Gläubiger berichtet, soweit dem Pfandgläubiger der eingezogene Betrag zur Befriedigung gebührt.

Obwohl sich der Pfandgläubiger im deutschen Recht von den meisten für die Verwertung des Pfandrechts aufgestellten Vorschriften durch Vereinbarungen mit dem Pfandschuldner befreien kann, ist man in Deutschland dazu übergegangen, die sichernde Forderung dem Kreditgeber abzutreten und nicht zu verpfänden. Der Zweck der Sicherungsabtretung ist der gleiche wie bei der Verpfändung: Sicherung eines Anspruches und Berechtigung des Sicherungsnehmers, sich aus der zur Sicherheit gegebenen Forderung für und in Höhe seines Anspruches zu befriedigen.

Die Abtretung erfolgt aber gemäß § 398 BGB allein durch einen Vertrag zwischen dem Kreditnehmer (Zedent) und dem Kreditgeber (Zessionar) ohne Anzeige an den Drittschuldner. Das ist ein vom Sicherungsgeber besonders geschätzter Vorteil.

3. Teil: Darstellung der Sicherungsabtretung im deutschen Recht

1. Kapitel: Die Voraussetzungen des Abtretungsvertrages und die Vorteile der Abtretung gegenüber der Verpfändung der Forderung

Der erste Vorzug der Sicherungsabtretung gegenüber der Pfandbestellung liegt in den einfachen und klaren Wirksamkeitsvoraussetzungen der Abtretung. Die Abtretung ist eine Verfügung des Zedenten. Zum Übergang der Forderung ist ein Vertrag zwischen dem Zedenten und dem Zessionar (Abtretungsempfänger) erforderlich; die Parteien müssen sich über den Übergang der Forderung einigen.

I. Der Grundsatz der Spezialität

Für die Abtretung der Forderung als Verfügung gilt ebenso wie für die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen der Grundsatz der Spezialität, d.h. der Verfügungstatbestand muß eindeutig erkennen lassen, bezüglich welcher Forderung der Verfügende sich einer Rechtsmacht begibt.¹

Dabei genügt es aber für die Übertragung einer Forderung als eines nur gedachten Gegenstandes, daß die Forderung im Zeitpunkt der Abtretung bzw. bei künftigen Forderungen im Zeitpunkt ihres Entstehens "bestimmbar" ist.² Dieser Unterschied zur Übertragung des Eigentums an einer Sache erklärt sich daraus, daß die Forderungen als nur gedachte Gegenstände durch schlichten Abtretungsvertrag, ohne irgendwelche Veränderungen im Bereich des körperlichen Übertragen werden.³

Zur Individualisierung einer gegenwärtigen Forderung genügen daher die Angabe der abgetretenen Forderung nach Gegenstand und Umfang, d.h. einerseits nach der Person des Drittschuldners und

¹ Westermann, § 3 II 1 und Erman-Westermann, § 398, Anm. 5.

² BGHZ 7, 365, 367; BGH WM 1961, S.601, 602 m.w.N.; Serick, § 24 II 2, S.277; aA: Beeser, AcP 156 (1957), S.414.

³ Serick, a.a.O..

dem Rechtsgrund der Forderung, andererseits nach dem Umfang, in welchem die Forderung zediert werden soll.¹ (Die Person des Gläubigers kann hierbei keine Rolle spielen, da auf Grund der oben beschriebenen Merkmale der - neue - Gläubiger ermittelt werden soll.) Die Forderung muß im Verträge so bezeichnet sein, daß sie sich, erforderlichenfalls auch mit Hilfe außervertraglicher Umstände, eindeutig bestimmen läßt.²

II. Die Abtretbarkeit der Forderungen

Im Zusammenhang mit der Bestimmbarkeit der abzutretenden Forderung ist das Problem der Abtretbarkeit insbesondere künftiger Forderungen zu erörtern.

Eine Forderung kann im deutschen Recht grundsätzlich abgetreten werden. Ausnahmen von dieser Regel enthalten u.a. die §§ 399, 400 BGB. Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn

1. die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann (§ 399 1.HS BGB),
2. die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen worden ist (§ 399 2.HS BGB -pactum de non cedendo),
3. die Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist (§ 400 BGB).

Außerdem sind verschiedene Ansprüche z.B. nach dem LAG (§ 262, S.1; §§ 253 ff, 259 f LAG) und dem BEG nicht abtretbar oder nur mit besonderer Genehmigung abtretbar.³

Außer dem pactum de non cedendo⁴ interessiert die Frage des Ausschlusses der Abtretbarkeit im Rahmen der vorliegenden Abhandlung kaum, da das alleinige Gewicht der Untersuchung auf die Verwertung der Außenstände des Kaufmannes und Unternehmers gelegt werden soll.

¹ Serick, a.a.O.; Kötter, S.12 u.19; N. Fischer, NJW 59, 366 (368); Scholz, N 363, S.357; BGH 7, 365, 367; BGH WM 1961, 601,602; RG DR 40, 582; RG 155, 26.

² Serick, S.277 m.w.N..

³ Im einzelnen: Serick, Bd. 2, § 27, S.382 ff..

⁴ dazu unten, S.27.

Die Frage nach der Abtretbarkeit künftiger Forderungen im eigentlichen Sinne, also solcher Forderungen, die erst in der Zukunft entstehen sollen¹, ist vom Reichsgericht schon im Jahre 1903 bejahend entschieden worden.² Die weitaus hM in der Rechtsprechung³ und in der Literatur⁴ bejaht die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen. Das eigentliche Problem der Abtretung künftiger Forderungen liegt in ihrer Individualisierung. Es hat heute eine wachsende Bedeutung, da die Banken und die Wirtschaft immer mehr dazu übergegangen sind, sich zur Sicherung ihrer Kredite auch Forderungen abtreten zu lassen, die erst noch z.B. durch den Verkauf von Waren zur Entstehung gelangen sollen. Die Rechtsprechung hat sich ausführlich mit der Frage der Abtretung künftiger Forderungen beschäftigen müssen, da es hierbei zu einer Kollision zwischen den Interessen der Geld- und Warenkreditgeber kommen kann.⁵

Zur Wirksamkeit der Abtretung künftiger Forderungen genügt es danach grundsätzlich, daß sich die abgetretenen Forderungen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Abtretung ermitteln lassen.⁶ Nach der Rechtsprechung des RG wurden aber an die Abtretung künftiger Forderungen auf Grund typischer Verträge besonders hohe Anforderungen gestellt: Die abgetretene künftige Forderung mußte in den Verkaufsbedingungen für jeden denkbaren Fall so

1 Vgl. Hahnzog und ihm folgend und zusammenfassend Larenz, I § 30 III.

2 RGZ 55, 334; Einzelheiten: Hahnzog, S.2 f. m.w.N.

3 RGZ 149,96; RG JW 1936; RGZ 155, 26; RG JW 37,1961; RG JW 39, 563; RG DR 1940, 581; vgl. Zusammenstellung Barkhausen, NJW 49, 845; BGHZ 30, 149 (151).

4 Enn.-Lehmann, § 78 III 3; Larenz I, § 30 III m.w.N.; Zweifelnd: Westermann, Interessenkollisionen S. 18; ablehnend: Fischer, S. 15 ff und NJW 1959, 366 ff..

5 Ein Überblick über die Rechtsprechung des Reichsgerichts findet sich bei Barkhausen, NJW 1949, 845 ff; an neuerer Rechtsprechung sind folgende Urteile des BGH zu nennen: BGHZ 7,365 ff; BGHZ 30, 149 ff; BGHZ 32, 361 ff; BGH WM 1962, 13; einen vollständigen Überblick über die Literatur zu geben, ist an dieser Stelle nicht möglich. Statt vieler: Westermann, Interessenkollisionen; Flume, NJW 1950, 842 ff; Dempewolf, DB 1959, 1160 ff m.w.N..

6 RG DR 40, 582; RGZ 136, 100 ff m.w.N.; Serick, § 24 II 3 a.a. O., S. 279.

bestimmt bezeichnet sein, daß im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Abtretung kein Zweifel über ihren Umfang bestand. Damit hatte das Reichsgericht sehr viele (wenn nicht die meisten) Abtretungen auf Grund typischer Verträge für unwirksam erklärt.¹

Der Bundesgerichtshof hat die Anforderungen erheblich herabgesetzt: die Auslegung typischer Verträge hat von einem objektiven Standpunkt aus zu erfolgen, wobei "die Zufälligkeit des Einzelfalles außer acht gelassen werden" soll.²

Hierdurch ist zwar die Abtretung zukünftiger Forderungen erleichtert, aber auch die Möglichkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts³ geschaffen und damit die Gefahr der doppelten Forderungsabtretung heraufbeschworen worden, nämlich die Abtretung der Forderung in Form der Globalzession an den Geldkreditgeber und in Form des verlängerten Eigentumsvorbehaltes an den Warenkreditgeber.⁴ Die Lösung dieses Konfliktes zugunsten der Warenkreditgeber hat den Wert dieser Forderungen als Kreditsicherung für die Banken erheblich herabgesetzt.

III. Die Darlegungs- und Beweispflicht des Sicherungsnehmers im Prozeß

Die einfachen Wirksamkeitsvoraussetzungen bringen für den Sicherungsnehmer im Prozeß den Vorteil, daß er nicht - wie im Pfandrecht - das Bestehen der zu sichernden Forderung zu beweisen braucht. Er braucht nur darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß er Inhaber der betreffenden Forderung geworden ist. Das Sicherungsrecht ist insoweit losgelöst von der Forderung, für die es bestellt worden ist.⁵

Behauptet der Sicherungsgeber, daß beim Wegfall der gesicherten Forderung die sichernde Forderung automatisch an ihn zurückgefal-

1 Zur Entwicklung der Rspr: Barkhausen NJW 49, 845 ff; RG DR 1940, 582.

2 BGHZ 7, 365 (369).

3 Flume, NJW 1950, 842 ff; Herold-Lippisch, S.60 ff..

4 BGHZ 7, 365; BGHZ 30, 149 ff; BGHZ 32, 361 ff..

5 Sentz, S.2 ff..

len sei, hat er dieses zu beweisen. Eine dahingehende Vermutung besteht nicht. Die Parteien müssen die bedingte Rückübertragung ausdrücklich vereinbaren.¹

IV. Sicherung durch einen Bestand wechselnder Forderungen

Die einfachen Voraussetzungen der Abtretung wirken sich aber nicht nur vorteilhaft bei der Sicherung durch eine Einzelforderung aus, sondern sie ermöglichen erst in der Praxis die Kreditsicherung durch ständig wechselnde Forderungen. Zur Sicherung eines größeren Kredites genügt nämlich meistens nicht die Abtretung einer einzigen Forderung, sondern es werden in der Regel mehrere Forderungen zur gleichen Zeit abgetreten.

Außerdem ist der Kreditgeber bestrebt, seinen Kredit, der meistens eine längere Laufzeit als die abgetretenen Forderungen hat, im großen und ganzen ständig abgesichert zu sehen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Kreditnehmer auf Grund des Zessionsvertrages berechtigt ist, die abgetretenen Forderungen bei Fälligkeit selbst einzuziehen. Das Einziehungsrecht wird vereinbart, weil der kreditnehmende Kaufmann oder Unternehmer darauf angewiesen ist, mit dem bei Fälligkeit der abgetretenen Forderung hereingekommenen Geld weiterzuarbeiten. Er kann nicht das Geld zur Sicherung des von der Bank gewährten Kredites verwenden. Die Kreditgewährung wäre nämlich sinnlos, wenn der Kreditnehmer zur Sicherung des Kredites hereingekommenes Geld stilllegen müßte.

In der Praxis wird dieses Problem gelöst, indem vereinbart wird, daß der Kreditnehmer zwar die von ihm auf Grund der Einziehungs-ermächtigung² einkassierten Gelder sofort an den Kreditgeber abzuführen hat, der sie mit den bei ihm eingegangenen Geldern auf einem eigenen Konto verbucht. Die vorzeitige Abdeckung des gewährten Kredits wird aber dadurch rückgängig gemacht, daß sich der Kreditgeber bereit erklärt, dem Kunden einen neuen Kredit zu gewähren in Höhe des auf dem Konto stehenden Betrages. Dieser

¹ Vgl. BGH WM 1956, S. 1356.

² Vgl. unten S. 28 f..

weitere Kredit wird durch die noch bestehenden abgetretenen Forderungen gesichert.¹

Da also durch das Einziehungsrecht des Kreditnehmers dem Kreditgeber ein Teil der ihm haftenden Forderungen entzogen wird, bedürfen die abgetretenen Forderungen einer Ergänzung.

Das kann dadurch geschehen, daß der Kreditgeber schon im Abtretungsvertrag sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus Waren- oder Dienstleistungsgeschäften gegen einen bestimmten Kundenkreis des Zedenten auf sich übertragen läßt. Die durch die Bezeichnung der Kunden - z.B. nach den Anfangsbuchstaben ihrer Namen - hinreichend individualisierten künftigen Forderungen gehen mit ihrer Entstehung auf den Zessionar über.²

Dieses unter der Bezeichnung Globalzession bekanntgewordene System hat den Vorteil, daß der Bestand der abgetretenen Forderungen automatisch mit der Entstehung der bezeichneten Forderungen aufgefüllt wird.

Dagegen bedarf es bei der sog. Mantelzession erst einer Abtretungserklärung des Zedenten, damit der Bestand der sichernden Forderungen aufgefüllt wird. Der Kreditnehmer verpflichtet sich hierbei, ein Absinken des Gesamtzessionsbestandes durch Abtretung neuer Forderungen zu verhindern. Zu diesem Zweck reicht er dem Kreditgeber in vertraglich bestimmten Zeitabständen Listen mit den abzutretenden Forderungen ein.³

Die Forderungen gehen auf den Zessionar erst über, nachdem er diese Aufstellungen erhalten hat.⁴ In der Annahme der Aufstellungen liegt gleichzeitig die konkludente Annahme des Abtretungsangebotes von seiten des Kreditgebers.

Die Erfassung ständig wechselnder Forderungen durch Global- oder Mantelzessionen wird verwaltungsmäßig wesentlich vereinfacht da-

¹ Scholz, N 376, S.373; Serick, § 25.

² Scholz, N 376, S.375; Serick, § 25 I 2a, S.306 ff..

³ Die Listen können natürlich auch bereits abgetretene Forderungen enthalten. Für diese gilt das hier Gesagte nicht, sie brauchen nicht noch einmal abgetreten zu werden.

⁴ Scholz, a.a.O.; Serick, a.a.O.; Herold, Hilgermann, Bernicken, S. 362.

durch, daß die Abtretung keine Anzeige an den Drittschuldner voraussetzt.¹

V. Die Heimlichkeit der Sicherungsabtretung

Darüber hinaus, und darin wird im allgemeinen der Hauptvorteil der Abtretung gegenüber der Verpfändung gesehen,² kann die Abtretung heimlich - ohne Benachrichtigung des Drittschuldners - erfolgen. Für die Heimlichkeit der Abtretung sprechen mehrere Gründe:

1. Der Kreditnehmer befürchtet von der Anzeige eine Verschlechterung seines wirtschaftlichen Ansehens und seiner Kreditfähigkeit. Die Anzeigepflicht bei der Verpfändung würde ihn zwingen, seinem eigenen Schuldner, den keinerlei Schweigepflicht trifft, zu offenbaren, daß er die Forderung zur Sicherung eines Kredits benötigt. Der Schuldner könnte hieraus falsche oder dem Kreditnehmer unangenehme Schlüsse hinsichtlich der finanziellen Lage seines Gläubigers ziehen. Das kann weder im Interesse des Kreditnehmers noch des Kreditgebers liegen, da auch letzterer an der Kreditwürdigkeit seines Schuldners interessiert ist.³ Die Kreditwürdigkeit ist schließlich eine der Grundlagen des Handels.

2. Aber nicht nur der Kreditbedarf des Sicherungsgebers soll nicht bloßgelegt werden - die Sicherungsabtretung ist heute allgemein, nicht nur bei erhöhtem Kreditbedarf üblich - der Sicherungsgeber will auch die Verschlechterung seiner Beziehungen zum Drittschuldner, meistens einem Kunden, verhindern. Durch die Anzeige an den Drittschuldner tritt eine Schlechterstellung desselben ein: Er muß überwachen, daß die Zahlung an den Zessionar und nicht an den ursprünglichen Gläubiger erfolgt. Erfolgt die Zahlung irrtümlich an den alten Gläubiger, so muß der Drittschuldner eventuell an den Zessionar noch einmal leisten und

¹ Capeller, MDR 1956, 137.

² Serick, § 24 I 4.

³ Westermann, Interessenkollision, S.9; Dertmann, ZGKW 49,139.

ist gegenüber dem alten Gläubiger (Zedenten) auf einen Bereichsanspruch angewiesen.¹

3. Es tritt eine Verschlechterung der Aufrechnungsmöglichkeiten nach § 406 BGB ein. Ursprünglich hat der Schuldner die Möglichkeit, mit einer Forderung, die ihm gegen den Zedenten zusteht, gegenüber dem Zessionar aufzurechnen, obwohl es nach der Abtretung an der Gegenseitigkeit der aufrechenbaren Forderungen fehlt.² Voraussetzung ist nur, daß der Schuldner im Augenblick des Erwerbs der Forderung gegen den Zedenten von der Abtretung keine Kenntnis hatte oder daß seine Forderung vor Erlangung der Kenntnis und vor der abgetretenen Forderung fällig wird.

Die durch die Anzeige der Abtretung bewirkte Kenntnis nimmt dem Schuldner also diese Aufrechnungsmöglichkeiten. Denn nach Kenntnis der Abtretung braucht der Schuldner nicht mehr in seinem Vertrauen auf eine bestehende Aufrechnungslage geschützt zu werden.

4. Wichtiger ist aber noch, daß der Drittschuldner nach der Abtretung nicht mehr seinen Lieferanten oder Unternehmer zum Gläubiger hat. Dieser würde eventuell auf Grund der persönlichen oder vertraglichen Beziehungen eine Stundung des Kaufpreises oder des Werklohnes gewähren, um seinen Kunden zu behalten. Der Kreditgeber dagegen kann ohne Rücksicht auf persönliche oder vertragliche Beziehungen von seinem Gläubigerrecht Gebrauch machen. Er braucht auch nicht auf seinen Kreditnehmer als Kunden Rücksicht zu nehmen, weil regelmäßig, wenn es zur Anzeige der Abtretung, und erst recht, wenn es zum Einzug der Forderung durch den

1 Gem. § 407 BGB kann eine befreiende Zahlung an den alten Gläubiger schon dann nicht mehr erfolgen, wenn "der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt". Hält der Schuldner die Abtretung auf Grund eigener Rechtsüberzeugung für unwirksam, genügt nach der Rechtsprechung die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, insbesondere des Abtretungsaktes, RGZ 74, 117; 88,6; Palandt-Danckelmann § 407 Anm. 2. - Im Gegensatz zur Verpfändung braucht bei der Abtretung also keine Anzeige an den Drittschuldner in Form einer Willenserklärung zu erfolgen, um die befreiende Zahlung an den Zedenten unmöglich zu machen. Es ist auch nicht unbedingt eine Anzeige durch den Altgläubiger erforderlich, jedenfalls genügt aber diese immer, RGZ 74, 117.

2 Erman-Westermann, § 406, Anm. 1.

Kreditgeber kommt, der Kreditnehmer für den Kreditgeber als Kunde nicht mehr interessant ist.¹

Da für den Drittschuldner die Abtretung der Forderung Nachteile mit sich bringen kann, zieht der Kreditnehmer es vor, den Drittschuldner zunächst nicht von der Abtretung in Kenntnis zu setzen. Der Drittschuldner würde nämlich einen Gläubiger vorziehen, der seine Forderungen nicht abzutreten braucht. Doch kann er sich nachträglich nicht gegen die heimliche Abtretung durch seinen Gläubiger wehren.

VI. Ausschluß der Abtretbarkeit durch Parteivereinbarung

Aus diesem Grunde sind viele wirtschaftlich starke Unternehmen, insbesondere auch die öffentliche Hand, dazu übergegangen, die Abtretbarkeit ihrer Forderungen auszuschließen oder von ihrer Zustimmung abhängig zu machen.

Die Ausschließungsabrede ist bei Begründung der Forderung oder erst später zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner zu vereinbaren. Sie kann auch in der Weise vereinbart werden, daß die Wirksamkeit der Abtretung von der Zustimmung des Schuldners abhängen soll.²

Diese Abrede hat zur Folge, daß ein an die Person gebundenes Forderungsrecht des Gläubigers entsteht. Der Schuldner hat sich nur gegenüber dem Gläubiger verpflichtet. Der Eintritt eines Zessionars würde eine unstatthafte Änderung der versprochenen Leistung bedeuten. Eine abredewidrige Abtretung ist daher gegenüber jedermann unwirksam.³

1 Sentz, S. 61; Westermann, Interessenskollision, S.9; Serick II, § 17 V 1, S.34.

2 Im einzelnen: Serick, § 24 III 2, S.288; BGHZ 27, 306,307; RGZ 136, 395, 399.

3 BGHZ 40, 156, 159 f; RGZ 97, 76, 78; BGBRGK (Löcher) § 399, Anm.5; Serick, § 24 III 2, S. 289 m.w.N.. Im Schrifttum wird teilweise nur Unwirksamkeit gegenüber dem Schuldner angenommen, vgl. Enn.-Lehmann, § 78 IV 2, S. 315; Löcher in RGRK zum BGB, § 399, Anm. 4 ff; dem BGH stimmen zu Larenz I, § 30 II 1; Soergel-Siebert-Schmidt, § 399, Anm. 4 ff. .

Da der Ausschluß der Abtretbarkeit nur im Interesse des Schuldners vereinbart wird, wird eine abredewidrige Abtretung wirksam, wenn der Schuldner ihr nachträglich zustimmt.¹

Ebenfalls wirksam durch die Zustimmung des Schuldners wird die Abtretung, wenn die Abtretbarkeit von der Zustimmung des Schuldners abhängig gemacht wird.²

2. Kapitel: Rechte des Sicherungsnehmers bei Fälligkeit der sichernden - abgetretenen - Forderung

Neben den einfachen und klaren Wirksamkeitsvoraussetzungen der Abtretung ist auch die weitere Abwicklung des Sicherungsgeschäftes für den Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber vorteilhaft geregelt.

Wie schon erwähnt, werden häufig die abgetretenen Forderungen vor der Rückzahlung des zu sichernden Kredits fällig. Für diesen Fall ergibt sich das Problem, wer zur Einziehung dieser Forderungen berechtigt ist.

Beim Pfandrecht an einer Forderung ist die Frage in der Weise gelöst, daß der Schuldner nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten kann (§ 1281 BGB). Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet wird oder die geschuldete Sache für beide hinterlegt wird. Allerdings ist gem. § 1284 BGB eine abweichende Vereinbarung zulässig.

I. Die Einziehungsermächtigung

Bei der Abtretung wird der Zedent häufig vom Zessionar ermächtigt, die Forderung bei Fälligkeit einzuziehen. Das ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes³ möglich ohne die vom Reichsgericht⁴ gemachte Einschränkung, daß nämlich der Einziehen-

¹ BGH MW 1962, 525, 527; Erman-Westermann § 399, 2; Enn.-Lehmann, § 78 IV 2, S. 314; Esser, § 90, 4 zu b, S. 414.

² BGHZ 40, 156 (161).

³ BGHZ 4, 164.

⁴ RGZ 166, 283; schwankend noch RGZ 117, 72; 133, 241; 146, 400.

de wenigstens ein eigenes Interesse an der Einziehung haben muß.

Die Einziehung der abgetretenen Forderung durch den Zedenten hat sich in der Kreditpraxis eingebürgert und wird mit gewissen Einschränkungen für die gerichtliche Geltendmachung von der Rechtsprechung gebilligt.¹ Es handelt sich um die Geltendmachung eines fremden Rechts im eigenen Namen, was nach § 185 BGB zulässig ist.² Allerdings müssen sich die Parteien davor hüten, daß ihre Sicherungsvereinbarung durch die Einziehungsermächtigung nicht den Charakter eines Scheingeschäftes erhält. So darf der Zedent über die Einziehung hinaus nicht ermächtigt werden, die Forderung ein zweites Mal abzutreten oder zu verpfänden.³

Der Zessionar darf nicht auf sein Recht auf Offenlegung der Abtretung für alle Fälle verzichten;⁴ und auch nicht darauf, die abgetretene Forderung im eigenen Namen gegen den Drittschuldner geltend zu machen.⁵

Die Einziehungsermächtigung des Zedenten bedeutet insbesondere bei Global- und Mantelzessionen eine erhebliche Verwaltungseinfachung für den Zessionar,⁶ denn es fällt eine Überwachung des Drittschuldners durch ihn weg. Für den Sicherungsnehmer ist

1 Für die Prozeßführung des Ermächtigten fordert die Rechtsprechung ein eigenes rechtliches Interesse, das in einer rechtlichen Beziehung zur Forderung begründet sein muß, BGHZ 1, 333.

2 Für die Gültigkeit einer solchen Vereinbarung: Löbl, AcP 129, 257; Enn.-Lehmann, § 79, IV 2; Erman-Westermann, § 398, Anm. 14/15; dagegen: Larenz I, § 30 V c m.w.N.; Köhler, Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage?

3 RG JW 36, 1953; BGH WM 60, 1407.

4 RGZ 92, 108.

5 BGH WM 60, 259; bezüglich Einzelheiten: Scholz, N 374, S. 369. Zum rechtlichen Umfang der Einziehungsermächtigung vgl. Serick II, § 25 I 3. Die Befugnis zur Anzeige der Abtretung und das Recht auf Einziehung der fälligen Forderung können in der Praxis nicht getrennt werden, weil die Anzeige als Vorbereitung der Einziehung durch den Zessionar angesehen wird. Nach RG JW 1938, 2350 schließt die Befugnis zur Anzeige der Abtretung in der Regel das Recht zur Einziehung der abgetretenen Forderungen ein.

6 Westermann, Interessenkollision, S. 9; Serick II, § 25 I 2, S. 305.

die (vorzeitige) Einziehung der Forderung nur interessant, wenn der Sicherungsgeber seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist. Andernfalls belastet es ihn nur, wenn er sich um die Einziehung, eventuell auch Kündigung der Forderung und Durchsetzung im Klagewege kümmern muß.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken¹ ist daher z. B. ausbedungen, daß der Zedent die Zahlung durch den Drittschuldner an die Bank auf seine Kosten zu betreiben hat. Der Zessionar braucht grundsätzlich solche Maßnahmen nicht zu treffen, die dem Zedenten offenstehen.² Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken sehen in Nr. 21 Abs. 2 und Nr. 22 weiter vor, daß die Bank eine Verpflichtung zum Einzug sowie eine Haftung für die Durchführung nicht übernimmt.

Der Kunde hat über die Einziehung der der Bank haftenden Forderungen selbst zu wachen.³ Die Zulässigkeit solcher Klauseln ist auch von der Rechtsprechung anerkannt.⁴

II. Die Benachrichtigung des Drittschuldners

Bedeutet die Einziehungsermächtigung auf der einen Seite für den Kreditgeber erhebliche Verwaltungsvereinfachung und läßt den Zedenten gegenüber dem Drittschuldner weiterhin als Gläubiger erscheinen, was als ein Hauptvorteil der Sicherungsabtretung angesehen wird, so birgt sie doch für den Kreditgeber erhebliche Gefahren. Die mit der Einziehungsermächtigung zwangsläufig verbundene "stille" - d.h. geheime - Abtretung gibt dem Drittschuldner die Möglichkeit der befreienden Zahlung an den alten Gläubiger; der Zedent kommt in den Genuß der Zahlung auf die abgetretene Forderung, ohne daß der Zessionar vielleicht davon weiß.

Um dieser Möglichkeit vorzubeugen, und um eine Immobilisierung der abgetretenen Forderung zu seinen Gunsten eintreten zu lassen,

¹ Nr. 19 Ziff. 6, abgedruckt bei Hofmann, S. 633.

² BGHZ 32, 67.

³ Nr. 19 Ziff. 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken, Hofmann a.a.O.

⁴ OLG München, WM 64, 777.

wenn es ihm notwendig erscheint, behält sich der Kreditgeber die Möglichkeit vor, den Drittschuldner von der Abtretung zu benachrichtigen.¹ In der Praxis geschieht das in der Weise, daß der Zedent bei Abschluß des Kreditvertrages dem Zessionar ein Schreiben übergibt, in dem der Zedent dem Drittschuldner die Abtretung anzeigt. Diese Anzeige sendet der Zessionar ab, wenn er es für notwendig hält.²

In der Regel wird eine Beschränkung des Kreditgebers bezüglich der Absendung der Anzeige dahin vereinbart, daß Letzterer für die Dauer der ordnungsgemäßen Abwicklung des Kreditvertrages durch den Kreditnehmer von einer Benachrichtigung des Drittschuldners absieht, oder das Recht zur Benachrichtigung an die Zustimmung des Kreditnehmers geknüpft ist. Selbst wenn der Kreditgeber sich das Recht auf jederzeitige Benachrichtigung des Drittschuldners vorbehalten hat, was nach der gesetzlichen Regelung durchaus möglich ist, oder wenn der Zeitpunkt der Benachrichtigung in das billige Ermessen des Zessionars gestellt ist, bedarf Letzterer doch nach Treu und Glauben eines wichtigen Grundes zur Benachrichtigung des Drittschuldners.³

Da es sich bei der Sicherung in Form einer Mantel- oder Globalzession meistens um eine größere Anzahl ständig wechselnder Drittschuldner handelt, lassen sich die Kreditgeber vom Kreditnehmer Blankette ausstellen, deren Ausfüllung mit dem Namen der Drittschuldner zum gegebenen Zeitpunkt dem Kreditgeber überlassen wird.

¹ Serick, II § 24 IV 2, S. 294 f..

² Wie oben schon erörtert, wäre eine Benachrichtigung durch den Zedenten nicht nötig, sie ist aber sicherer.

³ BGH NJW 62, 102; BGH WM 63, 962; Scholz, N 374, S. 369; Serick, a.a.O. m.w.N. .

3. Kapitel: Die Rechte des Sicherungsnehmers bei Fälligkeit der gesicherten Forderung

I. Das Verwertungsrecht des Zessionars

Die Übertragung der Forderung erfolgt im Rahmen eines Kreditverhältnisses nur zum Zwecke der Sicherung einer schon bestehenden Forderung des Zessionars gegen den Zedenten. Es entsteht durch die auf den Sicherungszweck beschränkte Abtretung ein sog. treuhänderisches oder auch fiduziarisches Rechtsverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar. Der Zessionar ist auf Grund des Treuhandverhältnisses verpflichtet, von seinem durch die Abtretung erlangten Recht "nur in den Grenzen Gebrauch (zu) machen, die durch den Sicherungszweck gesteckt" sind.¹

Nach dem Zweck eines solchen Sicherungsvertrages verpflichtet sich der Zessionar, die Interessen des Zedenten zu beachten und im Falle der Befriedigung der gesicherten Forderung die abgetretene Forderung zurückzuübertragen.²

Bei dieser treuhänderischen Abtretung ist zu unterscheiden zwischen der Stellung des Zessionars nach außen, d.h. dem Drittschuldner und ganz allgemein Dritten gegenüber, und seiner Stellung im Innenverhältnis, also dem Zedenten gegenüber.³

Auf Grund der Abtretung erlangt der Zessionar nach außen die volle Gläubigerschaft, auch bei der "stillen" Zession, obwohl hier die Abtretung nicht verlautbart wird. Verfügungen des Zessionars sind daher, auch wenn sie abredewidrig erfolgen, wirksam. Der Sicherungsgeber ist gegen den Sicherungsnehmer auf einen Schadenersatzanspruch wegen Vertragsverletzung angewiesen.⁴ Im Innenverhältnis darf sich der Sicherungsnehmer aber aus der abgetretenen Forderung erst befriedigen, wenn seine Forderung gegen

¹ BGH WM 1956, S. 1356.

² BGH a.a.O. Eine automatische, d.h. unter der Bedingung der Befriedigung der gesicherten Forderung erfolgende Rückübertragung kann im Zweifel nicht angenommen werden. Die Parteien müssen sie ausdrücklich vereinbaren. Staud.-Berg, § 929, Rdnr.39; Westermann § 43 III 3.

³ Larenz I, § 30 IV, S. 304.

⁴ Larenz a.a.O..

den Sicherungsgeber fällig ist.¹ Auch ist er in der Art und Weise der Verwertung gegenüber dem Sicherungsgeber an die Vertragsvereinbarungen gebunden. Er darf von seinem Recht nur im Rahmen des Sicherungszweckes Gebrauch machen und hat dabei Rücksicht auf die berechtigten Interessen des Treugebers zu nehmen.

Wenn auch der Zweck der Sicherungsabtretung mit dem der Verpfändung identisch ist, ist der Zessionar nicht an die Beschränkungen gebunden, die das BGB dem Pfandgläubiger auferlegt.²

In der Regel wird der Sicherungsnehmer die abgetretene Forderung dadurch verwerten, daß er sie einzieht. Dieses Recht wird dem Zessionar auch bei der stillen Zession mangels anderweitiger Abrede zugestanden, sobald die Verwertungsreife eingetreten ist.³ In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der privaten Banken⁴ und den AGSp⁵ wird sogar vereinbart, daß das Kreditinstitut die ihm sicherungshalber abgetretenen Forderungen schon vor Fälligkeit seiner eigenen Forderung aus dem Darlehensvertrag kündigen und einziehen darf.

Fraglich ist, ob bei Fehlen einer Vereinbarung zwischen Zeden-ten und Zessionar über die Verwertung der Forderung bei Fälligkeit die Regeln über das Pfandrecht entsprechend angewendet werden sollen.

Für eine Anwendung spricht, daß es sich bei der Verwertung immer um einen Einzelgegenstand handelt, auch wenn der Sicherungsvertrag einen Bestand von ständig wechselnden Forderungen zum Gegenstand hat. Insoweit ist bei der Sicherungsabtretung und der Verpfändung eine Gleichheit der Interessenlage gegeben.⁶ Aus diesem Grunde befürworten die Rechtsprechung⁷ und auch teilweise die Literatur⁸ eine entsprechende Anwendung der Regeln über das Pfandrecht.

1 BGH WM 1956, S.1353 (1356); BGH WM 1961, S.25 (26).

2 BGH WM 1956, 1356.

3 RG 142, 139.

4 Nr. 19 Abs. 2 abgedruckt bei Hofmann, S. 633.

5 AGSp Nr. 20 Ziff.4, Hofmann, S.646.

6 Westermann, Interessenkollision, S.9.

7 BGH WM 1961, 25, 26.

8 Westermann, a.a.O. und § 43 V; Wolff-Raiser § 179 III 2 c; Wolff-Raiser weist allerdings darauf hin, daß die Anwendung nur hilfsweise, im Innenverhältnis zwischen den Parteien, erfolgen soll.

Gegen eine analoge Anwendung spricht aber, daß die Parteien die Sicherungsabtretung gewählt haben, um nicht an die lästigen und oft wirtschaftsfremden Beschränkungen des Pfandrechts gebunden zu sein.¹ Dieser Gesichtspunkt kommt auch in der Rechtsprechung zum Ausdruck.² So ist entschieden worden, daß der Sicherungsnehmer berechtigt ist, dem Drittschuldner einen Nachlaß zu gewähren, wenn er dadurch zu einer schnelleren Tilgung der Forderung zu gelangen hofft.³ In der Tat scheint der Vorteil der Sicherungsabtretung bei Geldforderungen gegenüber deren Verpfändung darin zu liegen, daß der Zessionar - zumindest nach außen - als Vollrechtsinhaber auftreten kann, denn auch bei der Verpfändung ist der Pfandgläubiger bezüglich der Einziehung der Geldforderung nach Fälligkeit der gesicherten Forderung relativ frei von Beschränkungen.

II. Die Rechte des Zessionars im Konkurs des Zedenten und bei Einzelvollstreckungen in das Vermögen desselben

Das durch die Sicherungsabrede entstandene treuhänderische Rechtsverhältnis wirkt sich ebenfalls im Konkurs sowohl des Sicherungsnehmers als auch des Sicherungsgebers aus. Auch bei Einzelvollstreckungen der Gläubiger des Sicherungsnehmers oder des Sicherungsgebers in das jeweilige Vermögen ist das treuhänderische Rechtsverhältnis zu beachten.

So wird im Falle, daß Gläubiger des Sicherungsnehmers die Forderung beim Sicherungsnehmer pfänden, der Sicherungsgegenstand wirtschaftlich dem Vermögen des Zedenten zugerechnet und dadurch eine wirksame Pfändung unmöglich gemacht, obwohl der Zessionar rechtlich als Vollrechtsinhaber angesehen wird. Der Zedent hat daher, wenn die zur Sicherung abgetretene Forderung von Gläubigern des Zessionars gepfändet wird, die Drittwider-

¹ Serick, § 19 IV 2 b, S.98.

² RG WarnRspr.1914, Nr.47; RGZ 143, 113 (118), bezüglich der Verwertung bei Sicherungsbestellung einer Grundschuld, BGH WM 1956, 1356; Scholz, N 378, S.378.

³ Das ist bei der Verpfändung nicht möglich, weil der Pfandgläubiger nicht Inhaber der Forderung ist. BGH WM 1956, 1356.

spruchsklage nach § 771 ZPO. Im Konkurs des Zessionars steht ihm ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO zu.¹ Entsprechend hat der Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Sicherungsgegenstand.² Konsequenterweise müßte der Sicherungsnehmer bei Einzelvollstreckungen der Gläubiger des Sicherungsgebers in das Vermögen des letzteren nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung gem. § 805 ZPO erhalten.³

Die hA gibt ihm aber auch die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO.⁴

Die hM kommt zu diesem Ergebnis auf Grund der Gleichsetzung von Vollrechtsinhaberschaft und treuhänderischer Inhaberschaft,⁵ (bzw. Volleigentum und Sicherungseigentum). Dagegen ist schon zu sagen, daß die Gleichsetzung nicht konsequent durchgeführt wird, z.B. nicht im Konkurs.

Wenn aber außerdem noch zur Begründung angeführt wird, daß dem Sicherungsgeber der Besitz der Sache erhalten bleiben müsse, damit er weiterhin über die Sache verfügen und Geschäfte tätigen könne, so trifft das nur für die Sicherungsübereignung, nicht für die Sicherungsabtretung zu.

Für die Anwendung des § 805 ZPO spricht vielmehr - zumindest bei der Sicherungsabtretung von Forderungen -, daß der Sicherungsnehmer zwar Vollrechtsinhaber nach außen geworden ist, im Innenverhältnis aber gebunden ist und nicht wie ein Vollrechtsinhaber verfahren kann.

Der Sicherungsnehmer läßt sich die Forderung abtreten, um für seine ursprüngliche Forderung eine Sicherung zu erhalten. Sein Interesse erschöpft sich daher darin, wegen seiner Forderung gegen den Schuldner Befriedigung zu erlangen. Diesem Interesse

1 RGZ 79, 121; 91, 14; 123, 381; 145, 193.

2 RGZ 91, 15; 145, 193.

3 Baumbach-Lauterbach, § 771, 6 unter Treuhand b; Lehmann, Allg. T. § 34 II 2 b; Westermann, § 43 IV 1; Wolff-Raiser § 180 IV 1.

4 Lent-Jauernig, § 13 IV 1; Staud.-Berg, § 929 Rdnr. 40 b; Soergel-Siebert-Schmidt, § 398, Rdnr. 18 m.w.N.; RG 124, 73.

5 Soergel-Siebert-Schmidt, § 398, Rdnr. 18.

wird dadurch Genüge getan, daß der Sicherungsnehmer wie ein Pfandgläubiger in der Zwangsvollstreckung gem. § 805 ZPO die Vollstreckung eines Dritten nicht hindern, sondern nur verlangen kann, daß er vor dem Dritten aus dem Erlös befriedigt wird.

Dadurch wird auch den übrigen Gläubigern der die gesicherte Forderung übersteigende Wert der abgetretenen Forderung zu ihrer Befriedigung überlassen.¹

Der Sicherungsnehmer hat ein Absonderungsrecht nur dann, wenn die Sicherheit bereits vor Konkurseröffnung wirksam bestellt worden ist, denn gem. § 15 KO kann sich ein bereits vor Konkursbeginn eingeleiteter Erwerbsakt nach Konkurseröffnung nicht mehr vollenden. Die Sicherungsabtretung künftiger Forderungen im Konkurs des Sicherungsgebers ist unwirksam, wenn die Forderung erst nach Konkurseröffnung zur Entstehung gelangt.²

Die Entstehung der Forderung wird nämlich als Voraussetzung für das Wirksamwerden der Verfügung - hier Abtretung der Forderung - angesehen. Der Verfügende muß auch noch im Zeitpunkt der Vollendung des letzten Tatbestandteils, das ist hier die Entstehung der Forderung, verfügungsberechtigt sein. Das ist er aber nicht mehr nach der Konkurseröffnung. Eine erst nach Konkurseröffnung entstehende Forderung steht daher nicht dem Sicherungsnehmer zu.³

Anders ist es nur, wenn für die abgetretene Forderung schon vor dem Konkurs ein Rechtsgrund vorhanden war, die Entstehung der Forderung also nur vom Eintritt einer Bedingung, vom Zeitablauf oder von der Erbringung einer Leistung des Zedenten abhängt.⁴

In diesem Fall wird der Zessionar in seiner Erwerbsaussicht geschützt, die Forderung fällt nicht in die Konkursmasse.⁵

1 Wolff-Raiser, § 180 IV 1; Westermann § 43 IV 1; im übrigen wäre der Sicherungsnehmer auch aus dem Treuhandverhältnis verpflichtet, das, was er durch die Verwertung, also Einziehung der Forderung, mehr erhält als ihm zusteht, an den Sicherungsgeber herauszugeben.

2 RG JW 37, 1645; BGH NJW 1955, 544.

3 BGHZ 32, 369; BGH NJW 1960, 1713; Jäger-Lent, § 15 KO, Anm. 22, 23.

4 Vgl. im einzelnen Hahnzog, S. 25 ff.

5 Jäger-Lent, § 15 KO, Anm. 22; Larenz, § 30 III; Soergel-Siebert-Schmidt, § 398, Rdnr. 11, m.w.N..

4. Teil: Die Kreditsicherung durch Forderungen im französischen Recht - Die Verpfändung von Forderungen

Nachdem die wesentlichen Eigenschaften und Wirkungen der Sicherungsabtretung als Mittel zur Kreditsicherung im deutschen Recht untersucht worden sind, sollen das oder die entsprechenden Institute im französischen Recht untersucht werden und den Ergebnissen der Sicherungsabtretung gegenübergestellt werden.

Dabei muß aber von vornherein auf die Institut des französischen Rechts zugegangen werden, die im heutigen Wirtschaftsleben der Kreditsicherung durch Forderungen dienen. Im Rahmen ihrer Erörterung kann dann gefragt werden, inwieweit die Abtretung, die ja auch dem französischen Recht bekannt ist, zur Kreditsicherung geeignet ist, bzw. aus welchen Gründen die Abtretung als Sicherungsform abgelehnt wird.¹

Die Aufgabe der Kreditsicherung durch Forderungen übernehmen im französischen Recht heute im wesentlichen zwei Institute, von denen das eine auch im deutschen Recht bekannt ist, nämlich die Verpfändung, während das andere, die sogenannte Provisionsdoktrin, dem deutschen Recht fremd ist.

Für die Verwendung von Forderungen zur Kreditsicherung bietet sich im französischen Recht wie im deutschen zunächst die Verpfändung an. Art. 2071 C.civ. (entsprechend § 1204 BGB) definiert die Verpfändung als einen Vertrag, bei dem der Schuldner dem Gläubiger einen Gegenstand zur Sicherung seiner Schuld übergibt.

Das französische Recht ist allerdings nicht sehr ergiebig, was die Regelung der Verpfändung von Forderungen betrifft: Im Code civil werden der Verpfändung von Forderungen nur 2 Artikel gewidmet: Art. 2075 und 2081; im Code de commerce verweist Art. 91 Abs. 1 lediglich auf Art. 2075 C.civ..

Die Verpfändung von Forderungen wurde in fast gleicher Weise geregelt wie die von Sachen und Rechten. Dabei war ursprünglich das Pfandrecht an Sachen, Rechten und Forderungen im Code civil

¹ vgl. Arndt, JW 1931, 3045.

auch nur kurz geregelt worden, weil beim Inkrafttreten des Code civil die Verpfändung von Vermögensgegenständen im allgemeinen nicht häufig war.

Erst recht wurde die Verpfändung von Forderungen als zu selten vorkommend angesehen, als daß eine ausführliche Regelung für notwendig gehalten wurde. Dieser Meinung war der Gesetzgeber noch 1863 bei der Neufassung des Code de commerce,¹ und auch heute noch halten viele Autoren die Verpfändung von Forderungen für ein selten verwendetes Sicherungsmittel, das keine besondere Beachtung verdient.² Daher finden sich bei der Verpfändung von Forderungen dieselben Erfordernisse wie bei der Verpfändung von körperlichen Gegenständen, in einer der besonderen Natur der Forderungen angepaßten Form. Die aus dem alten Mißtrauen gegenüber dem Pfandgläubiger aufgestellten Formvorschriften für die Pfandbestellung, das Verbot des Pfandvertrages mit Verfallklausel, Art. 2078 C.civ., gelten sowohl beim Pfandrecht an körperlichen Gegenständen als auch bei dem an Rechten.³

1. Kapitel: Die Voraussetzungen der Pfandbestellung

I. Der Unterschied zwischen dem zivilrechtlichen und dem handelsrechtlichen Pfandrecht

Ursprünglich kannte das französische Recht keinen Unterschied zwischen einem Pfandrecht, das für eine aus einem bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäft oder für eine aus einem Handelsgeschäft sich ergebende Forderung bestellt wurde. Der Code de commerce enthielt keine Regelung in Bezug auf das Pfandrecht, und es galt das Prinzip, wonach bei Fehlen einer besonderen handelsrechtlichen Regelung der Code civil anzuwenden ist.⁴ Schon bald

1 Exposé des motifs, D.1863 IV 73; Lyon-Caen et Renault, III Nr.276.

2 Escarra-Rault-Hémar, Nr.488; Encyclop.D., Crédit Industriel et Commercial, Nr.100; Hamel-Cosnard, S.566, 567.

3 Hamel-Cosnard, S.566; Rapport Boulanger, B.S.E.L.1937, S.333 f, (334), und 1938, S.238.

4 Lyon-Caen et Renault, I.Nr.74, 75 und III,Nr.256; Baudry, I.Nr.148.

erwiesen sich aber die Vorschriften des Code civil bezüglich des Pfandrechts als für den Handel unbrauchbar. Die Bestellung des Pfandrechts nach dem Code civil war zu kompliziert und die Verwertung des Pfandes zu langsam und zu kostspielig. 1863 fügte der Gesetzgeber dem Code de commerce einige Artikel hinzu, die heute die Artikel 91-93 C.com. bilden, und die nach der Ansicht des Gesetzgebers von 1863 die Verpfändung von Vermögensgegenständen vereinfachen sollten.¹

Wenn das französische Recht seit 1863 zwischen einem zivilrechtlichen und einem handelsrechtlichen Pfandrecht unterscheidet, so betrifft die unterschiedliche Behandlung aber nur die Bestellung und die Verwertung des Pfandrechts. Beides soll für den Kaufmann vereinfacht und weniger kostspielig gemacht werden. Im übrigen, d.h. soweit keine besondere handelsrechtliche Regelung getroffen worden ist, gelten die Regeln des Code civil, insbesondere, was die Fähigkeit der Parteien zur Bestellung des Pfandrechts und - wichtiger noch - die Gegenstände, die verpfändet werden können, angeht.² Das Handelsrecht gewährt dem Pfandgläubiger dieselben Rechte aus dem verpfändeten Gegenstand wie das Pfandrecht nach dem Code civil: ein Privileg (Recht auf vorzugsweise Befriedigung), ein Rückbehaltungsrecht nach Art. 2082 Abs.2 C.civ. und das Recht, den Pfandgegenstand bei Fälligkeit der gesicherten Forderung zu verkaufen oder sich an Erfüllung Statt zuweisen zu lassen.³

Der Unterschied zwischen zivilrechtlichem und handelsrechtlichem Pfandrecht macht sich am wenigsten bemerkbar bei den "créances à personne dénommée", wie schon aus Art. 91 Abs.4 entnommen werden kann, der bezüglich dieser Forderungen auf Art. 2075 C.civ. verweist. Die Voraussetzungen des zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Pfandrechts können daher zusammen behandelt werden,

¹ Exposé des motifs zum Gesetz vom 23.5.1863, D.1863.IV.73.

² Lyon-Caen-Renault, III Nr. 257; Exposé des motifs, D.1863 IV 73.f..

³ Baudry I Nr. 147; Escarra, Rault et Hémard, Nr. 496; Hamel, Lagarde, Jauffret, II, Nr.1292 f; Cour de Cass. 31.5.1960, D. 1960, 601.

wobei jeweils auf die Abweichungen im Handelsrecht hingewiesen werden soll.

Bevor auf die Voraussetzungen des Pfandrechtes eingegangen werden soll, muß noch geklärt werden, wann ein zivilrechtliches und wann ein handelsrechtliches Pfandrecht vorliegt.

Nach Art. 91 Co liegt ein handelsrechtliches Pfandrecht vor, wenn das Pfand für ein HAndelsgeschäft¹ bestellt wird, gleichgültig ob von einem Kaufmann oder Nicht-Kaufmann. Abzustellen ist immer auf die Natur der zu sichernden Forderung. Ist diese für den Hauptschuldner eine handelsrechtliche, sind die Vorschriften des Code de commerce anzuwenden.² Wird z.B. ein Darlehen durch ein Pfand gesichert, so sind die handelsrechtlichen Vorschriften für die Pfandbestellung anwendbar, wenn die geliehene Summe zum Abschluß eines Handelsgeschäftes bestimmt ist.³ Konnte der Darlehnsgeber bei der Bestellung des handelsrechtlichen Pfandrechts gutgläubig davon ausgehen, daß die von ihm geliehene Summe für ein Handelsgeschäft bestimmt war, und hat der Darlehnsnehmer die Geldmittel tatsächlich nicht für ein Handelsgeschäft verwendet, so kann dem Pfandgläubiger gegenüber die Unwirksamkeit der Pfandbestellung nach dem Handelsrecht nicht geltend gemacht werden.⁴

II. Die Verpfändbarkeit der Forderungen

Wenn auch grundsätzlich im französischen Recht alle Forderungen abtretbar sind, so sind doch nicht alle verpfändbar.⁵ Für die Verpfändung sind im wesentlichen drei Voraussetzungen notwendig:

- 1 Art. 632 C.com. zählt die Handelsgeschäfte (actes de commerce) auf. Zur Definition des Handelsgeschäftes vgl. Ripert, I, Nr. 274 ff..
- 2 Cour de Cass. 31.5.1960, D.1960, 601; Ripert II, Nr.2321; Planiol-Ripert-Bécqué XII Nr. 130; Lacour et Bouteron I, Nr.856, 857; Lyon-Caen et Renault III Nr.259; Aubry et Rau VI § 433, 1a, S.323; Cour de Cass. 5.2.1962; Bull.civ. 1962 III 72.
- 3 Riom, 20.11.1913, S.1915.2.33; Escarra-Rault-Hémard I, Nr.485.
- 4 Lyon-Caen et Renault III Nr.260; Thaller et Percerou, Nr.1061, 1062; Lacour et Bouteron Nr.857; Planiol-Ripert-Bécqué XII Nr. 130; Riom, 20.11.1913, S.1915.2.33, Anm.Wahl.
- 5 Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 90.

Die zu verpfändende Forderung muß übertragbar, bestimmt und beurkundet sein.

(1). Die zu verpfändende Forderung muß übertragbar sein, sie darf nicht an eine bestimmte Person gebunden sein. Bei dieser Frage gelten dieselben Grundsätze wie bei der Abtretung von Forderungen. Unübertragbar sind die Forderungen oder Teile von Forderungen, die der Gesetzgeber aus sozialen oder anderen Gründen für unpfändbar erklärt hat.¹

(2). Die zu verpfändende Forderung muß weiterhin bestimmt sein. Die Bestimmtheit der Forderung bezieht sich aber nicht auf ihre Höhe, denn es wurde z.B. die Verpfändung einer Forderung, die sich bei Abschluß eines Kontokorrents ergeben würde, für gültig erklärt;² ebenso wurde die Verpfändung einer sich aus der Vormundschaft ergebenden Forderung noch vor Bereinigung der Konten für wirksam gehalten.³ In diesen Fällen stand aber der Schuldner der verpfändeten Forderung fest und nur die Höhe der Forderung war unbestimmt. Es war also für die Forderung schon ein Grund gelegt.

Schwierigkeiten bereiten dagegen die Fälle, in denen der Schuldner der Forderung noch nicht bekannt ist, also insbesondere in den Fällen der Verpfändung künftiger Forderungen, die weder aufschiebend bedingt noch befristet sind und auch nicht aus einem zum Zeitpunkt der Verpfändung schon bestehenden Schuldverhältnis stammen.⁴

Schon bei der Frage der Abtretbarkeit künftiger Forderungen schwankte die ältere Rechtsprechung und erklärte die Abtretung erst für wirksam, wenn die notwendigen Voraussetzungen für die Entstehung der Forderung wenigstens teilweise gegeben sind, wobei sich natürlich die Frage stellt, wann dieser Zeitpunkt gegeben ist.⁵ Zum Beispiel wurde die Abtretung einer Forderung aus einem noch zu schließenden Vertrag für ungültig erklärt,⁶ obwohl der Vertragspartner feststand.

1 Vgl. die Aufzählung bei Planiol-Ripert-Radouant, VII Nr. 1114 u. 1120.

2 Paris, 22.12.1938, DH 1939; Douai, 19.4.1956; Banque 1956, 379.

3 Civ. 27.1.1908, Gaz. Pal. 1908, 1, 216.

4 Hahnzog, S. 25 ff; Larenz I, § 30 III.

5 Dazu Planiol-Ripert, VII Nr. 1114 m.w.N..

6 Civ. 7.8.1843, S. 1843.1.775.

Die neuere Rechtslehre läßt aber auf Grund des Art. 1130 C.civ., wonach auch künftige Sachen Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein können, die Abtretung künftiger Forderungen im engeren Sinne zu, und auch die neuere Rechtsprechung hat sich dieser Meinung angeschlossen.¹ Nicht ganz richtig ist daher die Meinung von Schumann (S. 109), wonach im französischen Recht die Übertragbarkeit zukünftiger Forderungen nicht bestritten sei, da nach Art. 1130 C.civ. künftige Sachen, worunter auch Forderungen fallen, Gegenstand einer schuldrechtlichen Verpflichtung sein können. Dieser Grundsatz wurde von der Rechtsprechung bei Forderungen eingeschränkt (s.o.). Da bei der Abtretung künftiger Forderungen der Drittschuldner noch nicht bekannt ist und infolgedessen die Abtretung noch nicht angezeigt werden kann, ist das Zögern der Rechtsprechung, die Abtretung künftiger Forderungen für möglich anzusehen, verständlich.²

Dagegen kann für die französische Rechtsprechung kein Zweifel daran bestehen, daß die Verpfändung künftiger Forderungen i.e. S. nicht möglich ist. Solange nämlich die Rechtsprechung für die Entstehung des Pfandrechts die Übergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde verlangt,³ ist eine Verpfändung künftiger Forderungen, für die noch kein Grund gelegt ist und deren Schuldner noch nicht bekannt ist, nicht möglich.⁴ Der Pfandschuldner kann lediglich gem. Art. 1130 C.civ. eine Verpflichtung zur Pfandbestellung eingehen; der Pfandgläubiger erhält das Recht, die Übergabe der Sache, d.h. bei Verpfändung von Forderungen die Übergabe der Urkunde und Anzeige an den Drittschuldner, bei Entstehung der Forderung zu verlangen.⁵

Wenn auch die Rechtswissenschaft die Notwendigkeit der Verpfändung künftiger Forderungen längst erkannt hat und als Lösung des

1 Civ. 13.11.1928, DH 1928, 605 und Boulanger in B.S.E.L. 1937, 343 ff, 345.

2 Planiol-Ripert-Radouant VII, Nr. 1120 u. 1114.

3 dazu unten S. 43.

4 Bourges, 29.4.1901, S. 1902, S. 273, Anm. Wahl; Aubry et Rau, VI, § 432, S. 307; Baudry, I, Nr. 36; Planiol-Ripert-Bécugé, XII, Nr. 90.

5 Civ. 13.11.1928, DH 1928, 605.

Problems die Möglichkeit der Anzeige bei der Entstehung der Forderung genügen lassen will,¹ so wird von der Rechtsprechung immer noch an der alten Meinung festgehalten,² und damit die Verpfändung von künftigen Forderungen, über die keine Urkunde ausgestellt werden kann, unmöglich gemacht.

(3). Die Forderung muß beurkundet sein. Dieses Erfordernis ergibt sich nicht aus der Natur der Forderung, sondern aus den Anforderungen, die die Rechtsprechung an eine wirksame Verpfändung stellt. Denn nach der Rechtsprechung muß dem Pfandschuldner der "Besitz" an der Forderung durch die Übergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde an den Pfandgläubiger oder einen vereinbarten Dritten entzogen werden. Diese Übergabe der Urkunde wird von der Rechtslehre heftig angegriffen, doch hält die überwiegende Rechtsprechung daran fest.³

Damit sind die Voraussetzungen, die an die zu verpfändende Forderung gestellt werden, untersucht und sind nunmehr die Erfordernisse einer wirksamen Verpfändung zu erörtern.

III. Die Voraussetzung der Verpfändung

Insgesamt sind 5 Voraussetzungen zu erfüllen, damit eine wirksame Verpfändung vorliegt.

- (1). Es muß eine zu sichernde Forderung vorhanden sein.
- (2). Die Parteien müssen sich über die Bestellung des Pfandrechts einigen.
- (3). Die Einigung der Parteien muß beurkundet werden.
- (4). Die Verpfändung muß dem Drittschuldner angezeigt werden.
- (5). Dem Pfandschuldner muß der "Besitz" an der Forderung entzogen werden.

1 Planiol-Ripert-Radouant VII Nr. 1114 u. 1120; Boulanger in B.S.E.L. 1937, S. 343 ff, 345.

2 Paris, 10.10.1964, DS 1965, 126; Rennes, 6.1.1965, DS 1966, 457; Zur Rechtslehre: Boulanger, a.a.O..

3 Diese Frage wird im einzelnen bei den Voraussetzungen der Verpfändung erörtert werden.

Zu (1).

Als akzessorisches Recht setzt das Pfandrecht zunächst wie das deutsche Recht das Bestehen einer zu sichernden Forderung voraus.¹

Zu (2).

Nach Art. 2071 C.civ. ist die Verpfändung ein Vertrag, bei dem der Schuldner dem Gläubiger einen Gegenstand zur Sicherung seiner Schuld übergibt. Die Pfandbestellung als Realvertrag, wie sie aus der Definition des Art. 2071 C.civ. hervorgeht, setzt daher zunächst die Einigung der Parteien über die Bestellung des Pfandrechts voraus. Hierfür wiederum gelten die allgemeinen Regeln über den Abschluß von dinglichen Verträgen.²

Zu (3).

Die Einigung der Parteien über die Bestellung des Pfandrechts muß nach Art. 2075 C.civ. in einer öffentlichen Urkunde³ oder in einer privatwirtschaftlichen Urkunde⁴ mit Eintragung in einem

¹ Baudry, I, Nr. 40.

² Baudry, a.a.O..

³ Unter einem acte authentique = öffentliche Urkunde versteht man wie im deutschen Recht die Urkunde, die von einem zuständigen Urkundsbeamten, der durch Gesetz zur Beurkundung ermächtigt ist, ausgestellt ist und infolge der Eigenschaft ihres Ausstellers einen besonderen Beweiswert genießt. Vgl. Art. 1317 C.civ.. Zu den Voraussetzungen der öffentlichen Urkunde: Planiol-Ripert-Gabolde VII Nr. 1434 ff, 1437. Der Vorteil der öffentlichen Urkunde gegenüber der privatschriftlichen liegt im französischen Recht darin, daß die öffentliche Urkunde nicht erst noch registriert werden muß, um ein gerichtlich oder notariell beglaubigtes Datum (date certaine) zu erhalten, und daß die öffentlichen Urkunden als Titel in der Zwangsvollstreckung dienen. Dazu: J.Cl.civ. Art. 1328.

⁴ Privatschriftliche Urkunden sind solche, die von den Parteien selbst ausgestellt werden können und die alle Beteiligten unterzeichnen. Vgl. Planiol-Ripert-Gabolde, VII, Nr. 1457. Da die Beurkundung der Verpfändung u.a. dazu dient, das Datum der Verpfändung festzustellen, muß bei privatschriftlichen Urkunden eine Eintragung in das Register erfolgen - erst von diesem Zeitpunkt an tragen die Urkunden ein öffentlich beurkundetes Datum, was die öffentlichen Urkunden auf Grund ihrer Ausstellung durch einen Urkundsbeamten von Anfang an besitzen. Von der Rechtsprechung wird aber auch zugelassen, daß die Verpfändungsurkunde auf eine der in Art. 1328 C.civ. aufgezählten Arten ein öffentlich beglaubigtes Datum erhält, nämlich durch Registrierung, durch Wiedergabe der Verpfändung - wenigstens der Substanz nach - in einer öffentlichen Urkunde, oder durch den Tod eines der Unterzeichner.

Register¹ niedergelegt werden.

Über die Bedeutung dieser Urkunde herrscht seit langem in Rechtsprechung und Rechtslehre Einigkeit. Die Redaktion eines Schriftstückes über die Verpfändung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung des Pfandvertrages zwischen den Parteien, sondern sie ist Voraussetzung dafür, daß der Pfandgläubiger sein aus der Pfandbestellung herrührendes Recht auf vorzugsweise Befriedigung (Privilège) Dritten gegenüber geltend machen kann.²

In der Beurkundung der Verpfändung wird eine Maßnahme gegen den Betrug der übrigen Gläubiger des Schuldners und zur Feststellung des genauen Datums der Verpfändung gesehen, was im Falle des Konkurses des Schuldners wichtig ist. Es handelt sich darum, ein Beweismittel gegen die übrigen Gläubiger, denen mit der Pfandbestellung ein Zugriffsobjekt entzogen wird, und eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Vorrechts zu schaffen.³

Art. 2075 C.civ. spricht davon, daß der Pfandgläubiger bei Fehlen der Beurkundung kein Vorrecht (Privilège) habe, wie es in Art. 2074 C.civ. beschrieben wird. Da der Pfandgläubiger nur Dritten gegenüber ein Interesse haben kann, sein Vorrecht geltend zu machen, muß man annehmen, daß auch nur Dritte und nicht der Pfandschuldner sich auf die Nichteinhaltung der Formvorschriften berufen können.⁴

Wenn zwar die Bedeutung der Beurkundung für die Verpfändung nicht umstritten ist, ist man sich doch nicht ganz einig über die Form der Beurkundung. Das französische Recht kennt nämlich verschiedene Arten von Beurkundung, je nachdem, ob es sich um einseitig-verpflichtende Verträge - Art. 1326 C.civ. - oder um synallagmatische Verträge - Art. 1325 C.civ. - handelt.

1 Unter der Registrierung (Eintragung in ein Register) ist die Eintragung eines Rechtsgeschäfts in einem geführten Register zu verstehen. Vgl. dazu Ripert-Roblot, Nr. 3314 ff.; die Registrierung dient gleichzeitig der Erhebung einer Steuer. Zu den Wirkungen der Registrierung vgl. Planiol-Ripert-Gabolde VII, Nr.1485 ff..

2 Req. 31.5.1836, S.1836.1.857; Civ.2.6.1858, D.1858.1.238; S.1858.1.591; Aubry et Rau, VI, § 432, 256; Baudry I, Nr. 38, 42; Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr. 80.

3 Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr. 82 ff..

4 Baudry I, Nr. 42; Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr. 80..

Auch im französischen Recht ist der Pfandvertrag ein einseitig verpflichtender Vertrag: Der Pfandgläubiger wird zur Rückgabe der verpfändeten Sache verpflichtet.¹ Auf einseitig verpflichtende Verträge ist grundsätzlich Art. 1326 C.civ. anwendbar, d.h. es genügt ein Originalexemplar der Verpfändungsurkunde, das dem Pfandschuldner übergeben wird, weil der Pfandgläubiger diesem gegenüber zur Rückgabe verpflichtet ist.

In der Praxis wird sich der Pfandgläubiger den Pfandvertrag in doppelter Ausfertigung beurkunden lassen, weil er ein Interesse daran hat, sein Vorrecht zu beweisen.²

Art. 2075 C.civ., der für die Verpfändung nichtkörperlicher Gegenstände eine öffentliche Urkunde oder eine privatschriftliche Urkunde mit öffentlich beglaubigtem Datum erfordert, verweist damit indirekt auf die Vorschrift des Art. 2074 C.civ., der die gleiche Urkunde für die Verpfändung von körperlichen Gegenständen verlangt.³ Nach Art. 2074 C.civ. muß die Urkunde die Höhe der geschuldeten Forderung angeben und eine genaue Beschreibung des verpfändeten Gegenstandes enthalten. Das bedeutet für die Verpfändung von Forderungen:

1 Baudry, Nr. 8; Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 83; Civ.8.3.1887, D.1887.1.264; S.1890.1.257, Anm.Lyon-Caen.

2 Baudry a.a.O.; Planiol-Ripert-Bécqué, a.a.O. Die Rechtsprechung geht sogar so weit, für Rechtsgeschäfte, die zugleich eine Darlehensvereinbarung und eine Verpfändung enthalten, die Beachtung des Art. 1325 C.civ., nämlich eine doppelte Ausfertigung, zu fordern. Begründet wird das damit, daß Art.1325 C.civ. bei allen wechselseitigen Vereinbarungen die Ausstellung einer Originalurkunde für jede interessierte Partei verlangt. Dabei ist sich die Rechtsprechung bewußt, daß es sich nicht um einen synallagmatischen Vertrag (contrat synallagmatique) i.e.S. handelt, sondern sie verweist darauf, daß Art. 1325 von synallagmatischen Vereinbarungen (convention s.) spricht und darunter alle Vereinbarungen versteht, die sowohl für die eine als auch für die andere Partei Verpflichtungen gegenüber der anderen Vertragspartei enthalten. Zweck des Art. 1325 sei es, jeder Partei ein Beweismittel für ihr Recht gegenüber der anderen zu geben. Vgl. JCl.civ.Art.1325-1327,Nr. 21-23; Civ.8.3.1887, D.1887.1.264; Quincaret, S. 147.

3 Baudry I, Nr. 56, Lyon-Caen et Renault III, 276 bis.

1. Die gesicherte Forderung muß in ihrer Höhe angegeben werden, bei noch nicht bestimmten Forderungen muß in Analogie zur Hypothekenbestellung gem. Art. 2132 C.civ. eine Summe festgelegt werden, bis zu der das Pfand haften soll.¹
2. Die verpfändete Forderung muß ebenfalls nach ihrem Ursprung, ihrer Höhe und ihrer Natur beschrieben werden.

Zweck dieser Vorschrift ist es zu verhindern, daß die Parteien nach Pfandbestellung die gesicherte Forderung höher angeben, als bei Pfandbestellung vereinbart war, oder später die ursprünglich verpfändete Forderung durch eine andere ersetzen. Auf diese Weise könnte den übrigen Gläubigern ein ihnen haftendes Pfand entzogen und ihnen Schaden zugefügt werden. Dem möchte der Gesetzgeber mit der strengen Beachtung des Spezialitätsprinzips vorbeugen.² Die Nichtbeachtung der Formvorschrift des Art. 2075 iVm 2074 C.civ. hat daher die Unwirksamkeit der Verpfändung gegenüber Dritten zur Folge.²

Fraglich ist, ob auch die Bestellung eines handelsrechtlichen Pfandrechts beurkundet werden muß. Die Notwendigkeit der Beurkundung könnte man bezweifeln, weil Art. 91 Abs. 1 iVm Art. 109 C.com. für das handelsrechtliche Pfandrecht alle Beweisarten zuläßt, die Schriftform also nicht zwingend vorgeschrieben ist. Diese Beweiserleichterung wird aber für die créance à personne dénommée bestritten. Die Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß Art. 91 Abs. 5 C.com. auf Art. 2075 C.civ. in Bezug auf die Forderung verweist, zu deren Übertragung die Anzeige an den Drittschuldner erforderlich ist. Der Wortlaut des Art. 91 Abs. 5 C.com. läßt zwei Interpretationen zu:

1. Art. 91 Abs. 5 C.com. verweist auf Art. 2075 C.civ. nur bezüglich der Anzeige der Verpfändung an den Drittschuldner, im übrigen läßt er aber Art. 91 Abs. 1 C.com. gelten, d.h. alle Beweisarten sind zugelassen. Eine Beurkundung der Verpfändung wäre

1 Baudry I, Nr. 52; Planiol-Ripert-Bécqué Nr. 84; Paris, 3.7.1844, S.45.2.111; civ. 26.7.1865, D.1865.1.484; Marin in Banque 1956, 381.

2 Baudry, I, Nr. 53; Aubry et Rau, IV, §432, S.701; Hamel-Apprill, S. 492.

in diesem Fall nicht notwendig; der Pfandgläubiger brauchte in seiner Anzeige an den Drittschuldner nur auf die mündliche Pfandvereinbarung zu verweisen.¹

2. Diese Interpretation scheint aber etwas gesucht zu sein. Die Rechtsprechung und die Mehrheit der Autoren entscheiden sich auch im Handelsrecht für die Anwendung aller in Art. 2075 C.civ. aufgestellten Voraussetzungen auf die Verpfändung von Forderungen, für deren Übertragung die Anzeige an den Drittschuldner notwendig ist.²

Zur Begründung kann man den Wortlaut des Art. 91 Abs. 5 C.com. anführen, außerdem die Tatsache, daß der Gesetzgeber von 1863 die Verpfändung von Forderungen als zu selten und schwierig angesehen hat und eine Reform daher nicht für notwendig gehalten hat.³ Als letztes wäre zu bemerken, daß spätestens die Anzeige der Verpfändung an den Drittschuldner die Ausstellung einer Urkunde erforderlich macht. Man wird daher annehmen müssen, daß auch im Handelsrecht für die Verpfändung von Forderungen die Beurkundung erforderlich ist.

Nicht erforderlich ist im Handelsrecht allerdings, daß die Urkunde die gesicherte Forderung in ihrer genauen Höhe angibt, da Art. 91 Abs. 5 C.com. nicht auf Art. 2074 C.civ. verweist. Dadurch wird im Handelsrecht die Bestellung eines Pfandrechts für ein Kontokorrent oder für alle bis zu einem bestimmten Datum auflaufenden Verbindlichkeiten eines Schuldners möglich.⁴

1 Ripert et Roblot, Nr. 2514; Thaller et Percerou, 1077; Baudry, Nr. 150; Wahl, Anm. zu Riom, 20.11.1913, S.1915.2.33; Rouen, 20.12.1905, DP 190.2.177; Anm. Thaller; neuerdings: Dalsace in Anm. zu Rennes, 6.1.1965, DS 1966, 459, 460.

2 Civ. 27.11.1865, D.66.1.56; Req. 13.4.1879, S.81.1.157; Req.6.2.1882, S.83.1.393, Anm. Labbé; Aubry et Rau, VI, § 432, S.325; Colin et Capitant, II, Nr.1446; Lyon-Caen et Renault III, Nr. 276; Planiol-Ripert-Bécqué 131; Hamel-Apprill, S. 491; JC.com. Art.91 Nr.43; Escarra-Roult-Hémar Nr.488.

3 Exposé des motifs des Gesetzes vom 23.5.1863, D.1863 IV 74.

4 Lyon-Caen et Renault, III, Nr. 276 bis; Fargeaud S.76; Rouen, 20.12.1905, D.1908 II.277 Anm. Thaller; Riom, 20.11.1913, S.1915 II 33; Douai 19.4.1956, D.1956, 343.

Zu (4).

Ein weiteres Erfordernis für die Wirksamkeit sowohl des handelsrechtlichen als auch des zivilrechtlichen Pfandrechts gegenüber Dritten ist die Anzeige der Verpfändung an den Drittschuldner.¹ Die Anzeige (signification) hat im französischen Recht eine mehrfache Bedeutung: Wie im deutschen Recht soll sie zunächst den Drittschuldner von der Verpfändung in Kenntnis setzen und eine befreiende Zahlung zum Schaden des Pfandgläubigers unmöglich machen.² Ohne diese Anzeige könnte der Drittschuldner in analoger Anwendung des Art. 1691 C.civ. befreiend an den ursprünglichen Gläubiger zahlen.

Die Anzeige soll weiterhin ein Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Drittschuldner begründen und den Pfandgläubiger gegenüber dem Drittschuldner legitimieren, seine Pfandrechte an der Forderung auszuüben.³

Außerdem sollen aber die übrigen Gläubiger des Pfandschuldners von der Verpfändung in Kenntnis gesetzt werden.⁴ Der Gesetzgeber setzt dabei voraus, daß die übrigen Gläubiger des Schuldners sich beim Drittschuldner erkundigen werden, ob dieser schon früher Verpfändungsanzeigen bezüglich der betreffenden Forderung erhalten hat.⁵

Mit der Anzeige an den Drittschuldner soll also das Öffentlichkeitsprinzip gewahrt werden, das bei körperlichen Gegenständen durch die Übergabe der Sachen an den Pfandgläubiger verwirklicht wird.

Die Verpfändung von Forderungen vollzieht sich im französischen Recht in der gleichen Weise wie die Vollübertragung der Forderung.

1 Die Anzeige der Verpfändung erfolgt wie bei der Abtretung gem. Art. 1690 C.civ. durch Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher.

2 Baudry I, Nr. 58; Hamel-Apprill, S. 493.

3 Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr. 94.

4 Thaller Nr. 1091; Baudry I, Nr. 58; Planiol-Ripert-Bécqué Nr. 94, 95; Lyon-Caen in Anm. zu Civ. 20.3.1886, S. 1886.1.305; Civ. 24.1.1905, S. 1905.1.113.

5 Allerdings besteht keine Rechtspflicht des Drittschuldners zur Auskunfterteilung; s. dazu: Boulanger in B.S.E.L. 1937, 333 ff..

Art. 1690 C.civ. verlangt dazu ebenfalls die Anzeige der Abtretung an den Drittschuldner. Bei der Abtretung kann aber gem. Art. 1690 C.civ. die Anzeige durch die Zustimmung des Drittschuldners in einer öffentlichen Urkunde ersetzt werden.

Auch bei der Verpfändung von Forderungen werden dieselben Aufgaben, die die Anzeige hat, durch die Zustimmung¹ des Drittschuldners erfüllt: Information des Drittschuldners von der Verpfändung und in indirekter Weise auch der übrigen Gläubiger, nämlich durch Auskunft des Drittschuldners.² Daher lassen Rechtsprechung und Lehre statt der Anzeige der Verpfändung auch die Zustimmung des Drittschuldners in einem acte authentique als gleichwertig gelten.³ Die Zustimmung in einer privatschriftlichen Urkunde würde nicht genügen, da deren Datum nicht öffentlich beglaubigt ist, was aber bei der Anzeige durch Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher oder Zustimmung in einer öffentlichen Urkunde der Fall ist.⁴

-
- 1 Das in Art. 1690 C.civ. gebrauchte Wort "acceptation" heißt wörtlich übersetzt "Annahme" (vgl. v. Lingenthal-Crome II, § 339, S. 515 ff.), sollte aber besser mit "Kenntnisnahme" übersetzt werden, da der Drittschuldner nicht der zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner vollzogenen Verpfändung zuzustimmen hat, sondern nur zum Ausdruck bringen soll, daß er von der Verpfändung Kenntnis genommen hat. Für eine solche Übersetzung des Wortes "acceptation" spricht auch, daß der Drittschuldner kein Widerspruchsrecht hat. Ähnlich wie im deutschen Recht werden ihm durch die Anzeige und die ihr entsprechende "acceptation" lediglich gewisse Aufrechnungsmöglichkeiten genommen. Bezüglich Einzelheiten vgl. Planiol-Ripert-Radouant VII, Nr. 1121.
- 2 Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr. 94; Boulanger, B.S.E.L., 1938, S. 239.
- 3 Civ. 24.1.1905, D. 1905.1493, S. 1905.1.113, Anm. Lyon-Caen; Civ. 27.1.1908, S. 1910.1.537, Anm. Naquet; Aubry et Rau VI, § 432, S. 261; Baudry I, Nr. 60.
- 4 Req. 11.8.1869, D. 1870.1.81; S. 1869.1.397.

Zu (5).

Art. 2071 C.civ. definiert die Verpfändung als einen Vertrag, durch den ein Schuldner seinem Gläubiger zur Sicherung einer bestimmten Forderung einen Gegenstand übergibt. Die Art. 2076 C.civ. und 92 C.com. bestimmen, daß das Pfandrecht in allen Fällen nur so lange an dem Gegenstand besteht, wie der Pfandgläubiger sich im Besitze des Gegenstandes befindet. Die Rechtsprechung¹ und ein Teil der Literatur² sehen daher die Verpfändung als einen Realvertrag an, für dessen Wirksamkeit sowohl zwischen den Parteien als auch gegenüber Dritten die Übertragung des Besitzes an dem verpfändeten Gegenstand auf den Pfandgläubiger oder, bei entsprechender Vereinbarung der Parteien, auf einen Dritten erforderlich ist.

Die neuere Lehre³ sieht hingegen in der Besitzübertragung nur ein Erfordernis für die Wirksamkeit der Verpfändung gegenüber Dritten.

Erst die Besitzentziehung gibt danach dem Pfandgläubiger ein Privileg gegenüber den übrigen Gläubigern des Pfandschuldners. Der doktriniäre Streit braucht hier nicht entschieden zu werden, weil, selbst wenn kein Pfandrecht wegen fehlender Besitzübergabe entstanden ist, zwischen den Parteien ein schuldrechtlicher Anspruch auf Abschluß eines Pfandvertrages und damit auf Besitzübergabe besteht.

Die Besitzübergabe ist aber für das Entstehen des Privilegs Voraussetzung. Literatur und Rechtsprechung sind sich darüber einig, welche Anforderungen an die Besitzübergabe zu stellen sind: Die Besitzübergabe an den Gläubiger soll verhindern, daß der Schuldner denselben Gegenstand noch einmal verpfändet oder sonstwie seinem Gläubiger Schaden zufügt. Außerdem soll sie die Verpfän-

1 Cass. 18.5.1898, S.98.1.433, Anm. Lyon-Caen; D.1900.1.481, Anm. Sarrut; Rennes 6.1.1965, D.S.1966, S.457, 458; Paris 10.10.1964, D.S.1965, 126.

2 Aubry et Rau, VI § 432, F.N.19 quindecies; Baudry I, Nr.6,7; Colin et Capitant II, S.757.

3 Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr.86; Thaller et Percerou, Nr.1087; Lyon-Caen et Renault, III, Nr. 278.

dung Dritten gegenüber offenkundig machen.¹

Bei den créances à personne dénommée wird der mit der Besitzübertragung angestrebte Zweck durch die Anzeige an den Drittschuldner erreicht: Durch die Anzeige wird der Pfandgläubiger zur Ausübung seiner Pfandrechte legitimiert; der Pfandschuldner kann die Forderung nicht noch einmal verpfänden. Außerdem wird den übrigen Gläubigern die Verpfändung offenkundig gemacht, wenn sie sich beim Drittschuldner über schon erhaltene Verpfändungsanzeigen erkundigen.²

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur³ geben sich aber nicht mit der Anzeige als eine Art der Besitzübertragung zufrieden. Sie verlangen darüber hinaus die Übergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde an den Gläubiger. Erst mit der Übergabe der Urkunde an den Gläubiger werde eine nochmalige Verpfändung der Forderung durch den Pfandschuldner wirksam verhindert und die Verpfändung offenkundig gemacht.

Die Gegenmeinung⁴ wendet ein, daß die Urkunde nur ein Beweismittel sei, mit dem Besitz der Urkunde nicht der "Besitz der Forderung" verwechselt werden dürfe, und daß das Offenkundigkeitsprinzip bei der Verpfändung von Forderungen durch die Anzeige an den Drittschuldner gewahrt werde.

Die Vertreter der Meinung, daß die Übergabe der Urkunde notwendig sei für die Verpfändung der Forderung, führen den Text der Art. 2076 C.civ. und 92 C.com. an, die nach einer Aufzählung der Voraussetzungen des Pfandrechtes an Sachen und Rechten die Besitzentziehung des Schuldners in allen Fällen verlangen.⁵

1 Escarra-Rault-Hémard, Nr. 489; Aubry et Rau VI, S. 267; Lyon-Caen et Renault III, Nr. 280.

2 Planiol-Ripert-Bécqué Nr. 94; Thaller-Percerou, Nr. 1091.

3 Cass. Req. 13.3.1888, S. 1888.1.302; Civ. 27.1.1908, D. 1910.1.522; S. 1910.1.537, Anm. Naquet; Aubry et Rau VI § 432; Lyon-Caen et Renault, III, Nr. 280; Baudry I. Nr. 74; Rennes, 6.1.1965, D.S. 1966, 457; Paris 10.10.1964, D.S. 1965, 126; gegen Douai 15.4.1956, D. 1956, 343.

4 Thaller-Percerou, 1091; Planiol-Ripert-Bécqué, Nr. 95; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1290; Boulanger, Rep. D. Dr. comm., Nantissement des créances, Nr. 10.

5 Art. 2076 C.civ.: Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

Man könne zwar nicht von einem Besitz i.e.S. an der Forderung sprechen, es gebe aber noch andere Beispiele für diese Ungenauigkeit in der Ausdrucksweise des Gesetzgebers:¹ Art. 1607 C.civ. spricht davon, daß sich die Übergabe (tradition) von nicht körperlichen Rechten durch Übergabe der Urkunde (remise des titres) vollzieht. Ebenso wird die Erfüllung (délivrance) des Abtretungsvertrages nach Art. 1689 C.civ. durch die Übergabe der Urkunde bewirkt. Gerade diese Parallele mit der Abtretung von Forderungen spricht aber dagegen, daß die Übergabe der Urkunde eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts ist und daß die Forderungen, die nicht beurkundet sind, nicht verpfändet werden können, wie die Rechtsprechung lange entschieden hat und teilweise noch immer entscheidet.² Denn wenn auch Art. 1607 und 1689 C.civ. die Übergabe der Urkunde zur Erfüllung des Abtretungsvertrages zu verlangen scheinen, ist man sich doch darüber einig, daß die Übergabe nur dann zu erfolgen hat, wenn eine Urkunde vorhanden ist. Ist keine Urkunde vorhanden, so ist der Abtretungsvertrag mit der Einigung der Parteien und der Anzeige der Abtretung an den Drittschuldner auch gegenüber Dritten wirksam.³ Die Übergabe ist nur eine zusätzliche, nicht wesentliche Voraussetzung des dinglichen Abtretungsvertrages. Der Akt, durch den der Erwerber in den tatsächlichen Genuß seiner Rechte kommt, - das ist bei dem Erwerb einer Forderung die tatsächliche Einziehungsmöglichkeit - vollzieht sich durch die Anzeige an den Drittschuldner. Dadurch wird der neue Gläubiger gegenüber dem Schuldner legitimiert.

Ebenso ist es bei der Verpfändung. Die "Besitzübertragung", die den Zweck hat, eine nochmalige Verpfändung zu verhindern und die Verpfändung offenkundig zu machen, vollzieht sich durch

¹ Lyon-Caen et Renault III, Nr. 280.

² Lyon, 31.1.1839, S.1839.2.537; Cass.civ. 19.2.1894, D.1894.1.

420; gegen: Douai 15.4.1956, D.1956, 343; neuere Entscheidungen bezüglich der Übergabe der Urkunde: Paris 10.10.1964, a.a.O.; Rennes 6.1.1965, a.a.O..

³ Boulanger, B.S.S.L. 1937, S.340.

die Anzeige der Verpfändung.¹

Darüber hinaus muß man die Wirksamkeit der von der Rechtsprechung angestrebten Publizität der Verpfändung durch Übergabe der Urkunde in Zweifel ziehen, wenn sich die Rechtsprechung und einige Autoren mit der Übergabe einer Kopie (expédition), von der mehrere vorhanden sein können, zufrieden geben² und nicht die Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung (grosse) verlangen, von der im allgemeinen nur eine besteht.³

In der Praxis wird man aber der Übergabe der für die verpfändete Forderung ausgestellten Urkunde einen gewissen Wert nicht abstreiten können, verhindert sie doch, daß der Schuldner sich durch Vorzeigen des seine Forderung beurkundenden Schriftstückes neuen Kredit beschaffen kann. Konsequenterweise müßte man aber die Übergabe aller über die Forderung ausgestellten Urkunden verlangen.⁴

In dem Reformvorschlag der "Société d'Etudes Législatives" wird die Übergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde aufrechterhalten, mit der Einschränkung, daß auch nicht beurkundete Forderungen verpfändbar sind. Die Übergabe der Urkunde wird nicht als wesentliche Voraussetzung der Entstehung des Pfandrechts angesehen.⁵

Nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung und der Gesetzgebung ist allerdings die Übergabe der Urkunde unbedingt erforderlich. Das wurde vom Gesetzgeber in einem Gesetz vom 30. Oktober 1935 über die Verpfändung von Forderungen, die einem Unternehmer gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts auf Grund eines öffentlich vergebenen Auftrages zustehen, (sog. *délégation de marché*) bestätigt.

1 Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr.95; Hamel-Apprill, S.493; Houin, in Rev.trim.dr.com.1956,S.532; Douai 15.4.1956,D.1956,343.

2 civ.20.1.1886,D.86.1.406; S.86.1.305, Anm.Lyon-Caen; Req.13.3.1888,D.88.1.351; S.88.1.302; Poitiers DH 1939, 228; Baudry I, Nr.75; Lyon-Caen et Renault III Nr.281; Fargeaud Nr. 124.

3 Rép.D.Preuve, Nr.227.

4 Planiol-Ripert-Bécqué, XII Nr. 95.

5 B.S.E.L. 1938, 239.

Art. 3 dieses Gesetzes besagt, daß die Besitzübertragung i.S.d. Art. 2076 C.civ. durch die Übergabe der vom Gesetz ebenfalls vorgeschriebenen Urkunde, die für die Forderung ausgestellt worden ist, vollzogen wird.¹

Die neuere Rechtsprechung der Obergerichte ist allerdings uneinheitlich. Die Cours d'Appel Douai und Paris² lassen die Anzeige als Ersatz der Besitzentziehung genügen, erstere mit der Einschränkung, daß das nur für Forderungen gilt, über die noch keine Urkunde ausgestellt ist. Die Cour d'Appel Rennes hält die Verpfändung von Forderungen nur dann auch gegenüber Dritten wirksam, wenn dem Pfandschuldner der Besitz an der Urkunde entzogen ist.³ Um jede Unsicherheit über die Wirksamkeit der Verpfändung zu vermeiden, ist daher die Übergabe der Urkunde zu empfehlen.

2. Kapitel: Rechte des Pfandgläubigers vor Fälligkeit der gesicherten Forderung

I. Die gesetzliche Regelung

Art. 2081 C.civ. erlaubt dem Pfandgläubiger, die Zinsen der verpfändeten Forderung einzuziehen und sie entweder auf die ihm selbst vom Pfandschuldner geschuldeten Zinsen anzurechnen (Art. 2081 Abs. 1 C.civ.) oder, wenn seine eigene Forderung keine Zinsen trägt, sie auf die geschuldete Forderung anzurechnen (Art. 2081 Abs. 2 C.civ.). Der Pfandgläubiger kann und muß danach den Drittschuldner wegen Zahlung der Zinsen in Anspruch nehmen. In diesem Fall handelt er im Auftrag des Pfandschuldners.⁴

1 décret-loi vom 30. Oktober 1935 (relatif au financement des marchés de l'Etat et des collectivités publiques), abgeändert durch décrets-lois vom 25. August 1937, 2. Mai und 17. Juni 1937, durch décret vom 7. Januar 1959; décret vom 17. Juli 1964; Art. 187 ff. .

2 Douai, 15.4.1956, D.1956, 343; Paris 10.10.1964, D.S.1965, 126..

3 Rennes, 6.1.1965, D.S.1966, 457..

4 Baudry I, Nr. 97; Rogier, S. 93; Quincardet, S. 138.

Fraglich ist, ob der Pfandgläubiger darüber hinaus ermächtigt ist, die verpfändete Forderung selbst einzuziehen, wenn sie vor der gesicherten Forderung fällig wird. Dieser Fall ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die Art. 2078 Abs. 2 C.civ. und 93 Abs. 4 C.com. verbieten allerdings den Pfandvertrag mit Verfallklausel, d.h. der Pfandgläubiger kann nicht ermächtigt werden, sich den Pfandgegenstand ohne Beachtung der vom Gesetzgeber aufgestellten Verwertungsvorschriften anzueignen.¹ Würde man nun dem Pfandgläubiger erlauben, die verpfändete Forderung für den Pfandschuldner einzuziehen, würde sich der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand aneignen, ohne daß Pfandreife vorliegt und die in den Art. 2078 C.civ. und 93 C.com. für die Verwertung enthaltenen Vorschriften beachtet worden sind. Der Pfandgläubiger ist danach, ähnlich wie im deutschen Recht, vor Fälligkeit seiner Forderung nicht berechtigt, die verpfändeten Forderungen einzuziehen.²

Der Pfandschuldner ist auch nicht berechtigt, die Forderungen einzuziehen, denn einmal ist er nicht mehr im Besitz der über die Forderung ausgestellten Urkunde; darüber hinaus kann aber auch der Drittschuldner nicht mehr an den ursprünglichen Gläubiger befreiend leisten, denn die Anzeige der Verpfändung wird einem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß gleichgestellt, der dem Drittschuldner die befreiende Leistung an den ursprünglichen Gläubiger unmöglich macht.³

Es bliebe daher nur Hinterlegung der Geldsumme übrig, wenn der Pfandgläubiger nicht doch durch eine besondere Vertragsklausel ermächtigt werden könnte, die Erfüllung für den Pfandschuldner entgegnzunehmen.

1 Text des Art. 2078 Abs. 2 C.civ.: "Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle".

2 Baudry I, Nr. 98; Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr.117; Hamel-Apprill, S.396; Guionin, S.167; Hémaré, Contrats commerciaux, in Rev.trim.Dr.comm.1948, S. 128 ff..

3 Baudry, Nr. 58; Hamel-Apprill, S. 495; Guionin, S.167; Rogier, S.94 und Anm. 1 S. 17.

II. Die vertragliche Regelung

Die in der Praxis ausgearbeiteten Verträge über die Verpfändung von Forderungen enthalten häufig ausdrücklich das Recht für den Pfandgläubiger, die verpfändete Forderung einzuziehen,¹ und diese Vereinbarungen werden heute im allgemeinen von Rechtsprechung und Lehre für gültig erklärt.²

In der Tat verstößt die Einziehung der verpfändeten Forderung durch den Pfandgläubiger vor dem Eintritt der Pfandreife nicht gegen Art. 2078 Abs. 2 C.civ.. Das Verbot der Verfallklausel soll den Schuldner davor schützen, daß sich der Gläubiger durch eine falsche Schätzung des Pfandgegenstandes auf Kosten des Schuldners bereichert.³ Vor dem Eintritt der Pfandreife zieht der Pfandgläubiger die Forderung aber gar nicht als Inhaber, sondern als Pfandgläubiger ein. Bis zur Pfandreife ist der Pfandgläubiger nicht berechtigt, über die eingezogenen Gelder zu verfügen. Er ist dem Pfandschuldner über die ganze eingezogene Summe gemäß der gesetzlichen Regelung des Auftrages oder der Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 1993 C.civ., Rechenschaft schuldig.⁴

Gerade der Gesichtspunkt, daß der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner Rechenschaft ablegen muß über die eingezogenen Forderungen, hat es der Rechtsprechung erleichtert, entsprechende Vereinbarungen für gültig zu erklären.⁵ Die Rechtsprechung sieht nämlich in solchen Klauseln einen vom Pfandschuldner dem Gläubiger erteilten Auftrag, die Forderung einzuziehen. Der Pfandgläubiger kann nicht als Inhaber der Forderung (iure domini), sondern nur als Inhaber eines Pfandrechtes an der Forderung (iure pignoris) gegen den Drittschuldner vorgehen.⁶ Als Beauftragter ist der Pfandgläu-

- 1 Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 117; Ripert-Boulanger II, Nr. 3516; Hamel-Apprill, S. 496; Boulanger, B.S.E.L. 1937, 333, 334.
- 2 Cass. civ. 30.5.1947; S. 1947.1.141; Gap 31.12.1929, La Semaine Jur. 1929, 377; Hémar, Rev. trim. Dr. comm., 1948, S. 128.
- 3 Cass. 11.3.1879, D. 1879.1.401; Paris, 18.4.1889, D. 1890.2.342; Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 121; Baudry I, Nr. 98 u. 124 ff.
- 4 Hamel-Apprill, S. 479; Naquet in Anm. zu Cass. 21.3.1910, S. 1913. 1.545.
- 5 Cass. civ. 30.5.1947; S. 1947.1.141; Gap 31.12.1929, La Semaine Jur. 1929, 377; Hémar, Rev. trim. Dr. comm., 1948, S. 128.
- 6 Rogier, S. 96.

biger aber dem Pfandschuldner Rechenschaft schuldig, Art. 1993 C.civ., und der Auftrag ist jederzeit widerruflich, Art. 2004 C.civ.

Daher kann dem Pfandgläubiger im Pfandvertrag ausdrücklich das jederzeit widerrufliche Recht zuerkannt werden, die verpfändete Forderung selbständig einzuziehen, wenn diese vor der gesicherten Forderung fällig wird.

In diesem Zusammenhang wird die Frage aufgeworfen, ob der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an den mit der eingezogenen Forderung erworbenen Gegenständen hat, ob sich also auf Grund einer dinglichen Surrogation das Pfandrecht des Gläubigers auch auf die neu erworbenen Gegenstände erstreckt. Diese Theorie wurde in der Hauptsache von Demogue vertreten.¹ Sie hat sich aber nicht durchsetzen können. Dagegen wird geltend gemacht, daß durch eine dingliche Surrogation den Gläubigern des Pfandschuldners Vermögensgegenstände, die ihnen normalerweise haften würden, entzogen werden könnten, ohne daß die hierfür vorgeschriebenen Erfordernisse, insbesondere die Art. 2074 und 2075 C.civ. beachtet worden sind. Der Gläubiger kann nur durch eine neuerliche Pfandbestellung in der von den Art. 2074, 2075 C.civ. vorgeschriebenen Form ein Pfandrecht an den mit der eingezogenen Forderung erworbenen Gegenständen erhalten.²

3. Kapitel: Rechte des Gläubigers bei Fälligkeit der gesicherten Forderung

Das wirksam bestellte Pfandrecht an der Forderung gewährt dem Pfandgläubiger bei Pfandreife das Recht auf vorzugsweise Befriedigung, Art. 2073 C.civ., ein Zurückbehaltungsrecht nach Art. 2082 C.civ. und das Recht, Befriedigung aus dem verpfändeten Gegenstand zu suchen, wenn er bei Fälligkeit seiner Forde-

¹ Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, *Rev.critique fr. de législation et de jurisprudence*, 1901, S.1 ff..

² Cass.24.1.1905, S.1905.1.113; Anm.Lyon-Caen; Capitant, *Rev.trim. de Dr.civil*, 1919, S.383-416(413); Rogier, S.97 ff..

rung nicht vom Schuldner befriedigt wird. Diese Rechte, wie sie in den Art. 2073, 2078-2083 C.civ. beschrieben werden, sind die gleichen wie bei der Verpfändung von körperlichen Gegenständen und gelten sowohl im Zivilrecht als auch im Handelsrecht.¹

I. Das Verwertungsrecht

Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung des Pfandgläubigers erstreckt sich auf den durch die Verwertung des Pfandgegenstandes erzielten Erlös. Es ist daher notwendig, daß der Pfandgegenstand veräußert wird, damit der Pfandgläubiger sein Vorrecht ausüben kann. Hier zeigt sich eine besondere Schwäche des Pfandrechts an Forderungen im französischen Recht, denn auch bei Forderungen ist die Veräußerung notwendig zur Befriedigung des Gläubigers. Eine Einziehung durch den Gläubiger ist gesetzlich nicht ohne weiteres vorgesehen. Die Veräußerung einer Forderung ist aber problematisch, weil ihr Wert von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners abhängt.

Bei einem zivilrechtlichen Pfandrecht hat der Pfandgläubiger bei Pfandreife das Recht, den Pfandgegenstand auf Grund einer richterlichen Verfügung öffentlich versteigern zu lassen und sich aus dem Erlös zu befriedigen (Art. 2078, Abs. 1 C.civ.). Dabei kann es vorkommen, daß der Pfandgegenstand mehrmals verpfändet worden ist, wenn der Pfandgegenstand z.B. auf Grund einer Vereinbarung der Parteien im Besitz eines Dritten ist, Art. 2076 C.civ.. In diesem Fall wird die Regel angewandt: *prior tempore, potior iure*. Derjenige wird den übrigen Pfandgläubigern vorgezogen, der als erster sämtliche Formvorschriften der Verpfändung erfüllt hat,² das müßte derjenige sein, dessen Verpfändungsver-

¹ Escarra-Rault-Hémar, Nr. 496; Hamel-Lagarde-Jauffret, II, Nr. 1292 ff; Übersicht bei Hémar: La restauration des droits du créancier gagiste en matière commerciale par la jurisprudence française, Mélanges Roger Secrétain, 1964, S. 95 ff..
² Baudry I, Nr. 85 und 765; Planiol-Ripert-Bécquae XII, Nr. 223; Rogier, S. 106.

trag ein früheres, öffentlich beglaubigtes Datum als die seiner Mitbewerber hat. Aber auch hier muß das Offenkundigkeitsprinzip¹ beachtet werden und das Recht dessen vorgehen, der zuerst die Verpfändung dem Drittschuldner angezeigt hat.²

Die übrigen Pfandgläubiger können nur soweit berücksichtigt werden, als die verpfändete Forderung die gesicherte Forderung übersteigt.

Ist die verpfändete Forderung mit mehreren Vorrechten verschiedener Art belastet, ist Art. 2096 C.civ. anzuwenden. Danach wird der Rang des Pfandgläubigers nach der Art seines Vorrechtes bestimmt, die Rangordnung der einzelnen Vorrechte an Vermögensgegenständen ist in Art. 2102 C.civ. festgelegt. Allerdings hat der "Trésor" (Staatskasse) das stärkste Vorrecht an dem Verkaufserlös, aber auch nur an diesem.³

Der Pfandgläubiger hat daher das allergrößte Interesse daran, es nicht zum Verkauf kommen zu lassen, sondern daran, das Pfand behalten zu können;⁴ dann kann der "Trésor" sein Vorrecht nämlich nicht ausüben.

Diese Möglichkeit - das Pfand zu behalten - gibt ihm Art. 2078 Abs. 1 C.civ., wonach sich der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand vom Gericht an Erfüllungs Statt zuweisen lassen kann nach Schätzung durch einen Sachverständigen.

Im Handelsrecht hat der Pfandgläubiger nach Art. 93 C.com. die Möglichkeit, den Pfandgegenstand zu verkaufen ohne Einschaltung des Gerichts.

1 Dieses Prinzip liegt allen Regeln über die Verpfändung von Forderungen im französischen Recht zugrunde. Die Notwendigkeit der öffentlichen Beglaubigung bzw. der Registrierung der Verpfändung, die Übergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde, die Anzeige an den Drittschuldner sind Ausfluß dieses Prinzips, vgl. Planiol-Ripert-Bécqué, a.a.O..

2 Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 223.

3 Hamel, Les nouveaux privilèges du Trésor et le rang du trésor par rapport aux créanciers gagistes, Rev. trim. dr. civ., 1937, 363 ff; Com. 15.1.1957, D. 1957, 267; Anm. Hémar, J.C.P. 1957, II. 10006, Anm. E. Bécqué; Hémar, Mélanges R. Secrétan, a.a.O.

4 Com. 4.7.1962, JCP 1962. II. 12885, Anm. Nectoux.

Dazu ist notwendig eine Anzeige (Signification) an den Pfandschuldner durch einen Gerichtsvollzieher, die aber wohl als Zahlungsaufforderung anzusehen ist,¹ das Verstreichenlassen einer Frist von 8 Tagen und die öffentliche Versteigerung.

Die in Art. 2078 C.civ. erwähnte Möglichkeit, sich den Pfandgegenstand an Erfüllungs Statt überweisen zu lassen, findet sich in Art. 93 C.com. nicht. Dennoch hat sich die Rechtslehre² für diese Verwertungsart entschieden, und auch die neuere Rechtsprechung hat in mehreren Entscheidungen dem handelsrechtlichen Pfandgläubiger dieses Recht zugebilligt.³

Will ein anderer Gläubiger des Pfandschuldners den Pfandgegenstand verwerten, kann der Pfandgläubiger sein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.⁴

II. Rechte des Pfandgläubigers im Konkurs des Pfandschuldners

Im Falle des Konkurses des Pfandschuldners kann der Konkursverwalter mit Genehmigung des "Beauftragten Richters" den Pfandgegenstand jederzeit zur Masse ziehen unter gleichzeitiger Befriedigung des Pfandgläubigers, Art. 526 C.com.

Zieht der Konkursverwalter den Pfandgegenstand nicht zur Masse und bringt der Pfandgläubiger ihn zum Verkauf, so zieht der Konkursverwalter den die Forderung des Pfandgläubigers übersteigenden Betrag zur Masse ein. Ist der Verkaufserlös geringer als die Forderung, so kann der Pfandgläubiger die Restforderung im Konkurs anmelden, wobei er nur eine quotenmäßige Befriedigung erwarten kann (Art. 527 C.com.).

1 Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1293; Escarra-Rault-Hémar, Nr. 497.

2 Baudry I, Nr. 152; Aubry et Rau, VI. § 434, Anm. 11; contra: Lacour et Bouteron, I, Nr. 874; s. Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1295 m.w.N..

3 Cass. 31.5.1960, D. 60, 601, Anm. Guyon; JCP 1960. II. 11676, Anm. Nectoux; Com. 3.10.1962, JCP 1962. II. 12940; Co., -29.6.1965, JCP 1965. II. 15409, Anm. Nectoux.

4 Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1294.

Der Pfandgläubiger kann aber nur nach Verwertung seines Pfandgegenstandes auf die Konkursliste gesetzt werden. Gemäß Art. 525 C.com. kann der Pfandgläubiger daher nur erinnerungshalber in die Konkursliste eingetragen werden.

Die Reform des Konkursrechts von 1955 hat dem Konkursverwalter in den Absätzen 2 und 3 des Art. 527 C.com. das Recht gegeben, den Pfandgläubiger zur Verwertung des Pfandgegenstandes aufzufordern und, wenn letzterer dieser Aufforderung nicht nachkommt, selbst mit Genehmigung des beauftragten Richters zum Verkauf zu schreiten. Auch in diesem Fall bleibt das Recht des Pfandgläubigers auf vorzugsweise Befriedigung bestehen,¹ und nicht einmal das Privileg des "Tresors" geht ihm vor.²

III. Die Einziehung der verpfändeten Forderung bei Pfandreife durch den Pfandgläubiger

Die Verwertungsmöglichkeiten des Pfandgläubigers sind auch im Handelsrecht sehr kompliziert. Die öffentliche Versteigerung einer Forderung erscheint dem Kaufmann meist zu kostspielig, wie überhaupt die Versteigerung oder der Verkauf einer Forderung schwierig sind. Hier zeigt sich erneut, daß die Forderung nicht ohne weiteres den anderen Vermögensgegenständen gleichzusetzen und zu verobjektivieren ist. Die Einschaltung des Gerichts bei der Überweisung an Erfüllungsort ist zeitraubend, da auch bei Forderungen zunächst noch eine Schätzung durch einen Sachverständigen erfolgen muß. Dagegen bietet sich bei der Verpfändung von Forderungen die Einziehung der Forderung durch den Pfandgläubiger als einfachste Verwertungsmöglichkeit an, wie dieses Problem auch im deutschen Recht in den §§ 1282 ff BGB geregelt ist. Dem steht aber im französischen Recht das Verbot der Verfallklausel (*pacte commissaire*) in den Art. 2078 Abs. 2 C.civ.

1 Derrida, JCl.com., Faillite, Art. 437-614, Fascicule 52, Nr. 8-15; Argenson, Toujas, Dutheil, Nr. 530, 533.

2 Com. 4. 7. 1962, JCP 1962. II. 12885, Anm. Nectoux; Hémard, Mélanges-Secrétain a.a.O..

und 93 Abs. 4 C.com. entgegen.

Wie oben schon erörtert (S.57 f). ~~verbieten~~ die genannten Artikel dem Pfandgläubiger, durch eine wie immer geartete Vertragsklausel sich das Recht zusprechen zu lassen, den Pfandgegenstand ohne Beachtung der gesetzlichen Verwertungsvorschriften sich anzueignen.

Auch in der Einziehung der Forderung durch den Pfandgläubiger nach Pfandreife zum Zwecke ~~der Befriedigung~~ aus der verpfändeten Forderung liegt kein Verstoß gegen Art. 2078 Abs.2 C.civ.. Die Gefahr der falschen Schätzung des Pfandgegenstandes besteht bei der Verpfändung von Forderungen nicht in gleichem Maße wie bei der Verpfändung von Sachen. Eine falsche Wertangabe für die verpfändete Forderung ist nicht möglich, wenn der Gläubiger immer nur bis zur Höhe seiner eigenen Forderung mit der eingezogenen Forderung aufrechnen darf; für die Restforderung bleibt er dem Schuldner gemäß der gesetzlichen Regelung des Auftrags verantwortlich.

Die Notariatspraxis hat daher versucht, das Verbot der Verfallklausel (pacte commissoire) zu umgehen, indem sie zusätzlich zum Pfandvertrag zu diesem Zweck eine bedingte Abtretung der verpfändeten Forderung, eine bedingte "Délégation imparfaite" (Auftrag an den Drittschuldner zur Leistung erfüllungshalber gem. Art. 1275 C.civ.) oder einen Auftrag zwecks Einziehung der Forderung zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner vereinbarte. So jedenfalls werden die Verträge von der Praxis formuliert.¹

Die Abtretung und die sog. Délégation imparfaite sind aufschiebend bedingt durch die Nichterfüllung der gesicherten Forderung.²

1 Zur uneinheitlichen Terminologie der Notariatspraxis in Frankreich: Mazin, Rép.gen.du notariat, 1939, Nr. 22721, S.221 ff..

2 Daher ist die von der Notariatspraxis sog. "Cession à titre de garantie" nicht zu vergleichen mit der deutschen Sicherungsabtretung, bei der es sich allenfalls um eine aufhebend bedingte Abtretung handelt. Außerdem soll im französischen Recht die aufschiebend bedingte Abtretung nur die durch das Verbot der Verfallklausel eingetretene Schwierigkeit bei der Einziehung der verpfändeten Forderung lösen. Die Frage, ob eine Sicherung durch eine Forderung in Form der Abtretung der sichernden Forderung vorgenommen werden kann, wird noch unten S. 65 ff. zu erörtern sein.

Bei der Einziehung der verpfändeten Forderung zum Zwecke der Befriedigung des Pfandgläubigers haben im wesentlichen zwei Gesichtspunkte die Rechtsprechung von der Gültigkeit dieser Klauseln überzeugt:¹

1. Wie bei der Einziehung vor Pfandreife ist der einziehende Gläubiger als Beauftragter verpflichtet, dem Pfandschuldner Rechenschaft abzulegen über die Einziehung der Forderung.² Soweit die Einziehungsermächtigung unwiderruflich erteilt wird, wird darin eine bedingte "délégation" gesehen und auch für gültig erklärt.³

2. Die Rechtsprechung läßt zu, daß sich Pfandgläubiger und Pfandschuldner in einem der Pfandbestellung nachfolgenden Zeitpunkt durch einen neuen, selbständigen Vertrag über die Berechtigung des Gläubigers einigen, sich den verpfändeten körperlichen Gegenstand anzueignen. Die Rechtsprechung nimmt in diesem Fall an, daß der Schuldner nach der Pfandbestellung nicht mehr dem Druck seines Gläubigers ausgeliefert ist und daher nicht mehr gegen eine falsche Schätzung des verpfändeten Gegenstandes (zu seinen Ungunsten) geschützt zu werden braucht.⁴ Die Gefahr, daß der Gläubiger sich durch eine falsche Schätzung des Pfandgegenstandes auf Kosten des Schuldners bereichert, ist bei der Verpfändung von Forderungen von vornherein gering. Der Gläubiger kann diese Forderungen, die auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind und deren Wert daher in einer entsprechenden bestimmten Geldsumme angegeben ist, immer nur bis zur Höhe seiner eigenen Forderung gegen den Pfandschuldner einziehen und behalten. Gerade dadurch, daß der einziehende Gläubiger nicht Inhaber der Forderung ist, sondern nur kraft der Ermächtigung des Pfandschuldners

¹ Civ. 21.3.1910, S. 1913, I. 545; Civ. 30.5.1947, S. 1947.1.141; Hamel-Apprill, S. 497.

² Die Rechtslehre sieht ebenfalls in diesen Klauseln einen Auftrag und führt zur Gültigkeit auch die jederzeitige Widerruflichkeit des Auftrages an; Baudry I Nr. 98; Planiol II Nr. 2433.

³ Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr. 117.

⁴ Cass. req. 21.5.1855, D. 1855.1.279; Cass. req. 22.5.1855, D. 1856.1.171; Trib. com. Seine 19.7.1894, Gaz. Trib. 22.8.1894; Paris, 14.8.1896, Gaz. Pal. 97.1.74; Planiol-Ripert-Bécqué, XII, Nr. 121; Baudry I Nr. 128, 133.

einziehen kann, und er dadurch sich nur indirekt, nämlich durch Aufrechnung, den Pfandgegenstand aneignen kann, werden die Bedenken gegen eine solche Berechtigung des Pfandgläubigers ausgeräumt. Eine Schädigung des Pfandschuldners könnte allenfalls bei einer Unterschlagung der eingezogenen, die gesicherte Forderung übersteigenden Beträge eintreten. Die gleiche Gefahr besteht aber auch bei der Verpfändung von körperlichen Gegenständen, bei denen der Pfandgläubiger im Besitz des Pfandgegenstandes sein muß.

Man muß daher annehmen, daß der Pfandgläubiger schon bei Pfandbestellung ermächtigt werden kann, die verpfändete Forderung bei Pfandreife einzuziehen. Damit hat das französische Recht eine ähnliche Lösung gefunden wie das BGB sie für die Verpfändung von Forderungen in § 1282 gibt. Allerdings bedarf es im französischen Recht für die Einziehungsbefugnis des Gläubigers einer vertraglichen Vereinbarung.

4. Kapitel: Sicherungsbestellung an einer Forderung in einer anderen Form als der Verpfändung

Wenn das französische Recht erlaubt, das Verbot des "pacte com-missoire" bei der Verpfändung dadurch zu umgehen, daß zwecks Einziehung der Forderung durch den Gläubiger ein auftragsähnliches Rechtsverhältnis zwischen Pfandschuldner und -gläubiger vereinbart wird, erhebt sich die Frage, ob nicht die Sicherungsbestellung an einer Forderung insgesamt in Form einer Abtretung oder einer "délégation" erfolgen kann. Das könnte zweifelhaft sein, weil auch der Abtretung oder der "délégation" zu Zwecken der Sicherung des Gläubigers das Verbot des "pacte com-missoire" entgegenstehen könnte.

Hat die Rechtsprechung für die Verpfändung von Forderungen eine bedingte Abtretung oder besser einen Auftrag zur Einziehung der verpfändeten Forderung für zulässig erklärt, geht es hier um die Frage, ob die Sicherungsbestellung insgesamt in der Form einer

fiduziarischen Abtretung erfolgen kann, wie sie in Deutschland durch die Sicherungsabtretung von Forderungen erfolgt. Das würde eine Befreiung von den komplizierten Formvorschriften des Pfandrechts bedeuten, insbesondere von der Beurkundungspflicht des Verpfändungsaktes und von der "Besitzübertragung" durch Übergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde an den Pfandgläubiger. Der Wegfall dieser Voraussetzungen bei der Abtretung wäre schon eine Erleichterung, obwohl auch für die Abtretung der Forderung die Anzeige der Abtretung an den Drittschuldner nach Art. 169o C.civ. notwendig ist.

Bei der Erörterung der oben gestellten Frage geht die französische Rechtslehre von der Überlegung aus, daß sich die Hingabe einer Forderung zu Sicherungszwecken von ihrer Übertragung derartig unterscheidet, daß die Sicherungsbestellung nur in Form der dafür vorgesehenen Verpfändung, nicht der Abtretung erfolgen kann.¹

Pfandbestellung und Abtretung einer Forderung unterscheiden sich nämlich dadurch, daß bei der Abtretung der Zessionar unwiderruflicher Inhaber der Forderung werden soll, während bei der Pfandbestellung dem Pfandgläubiger an der verpfändeten Forderung nur zur Sicherheit ein Recht - Pfandrecht - gewährt werden soll. Die Inhaberschaft an der Forderung bleibt beim Pfandschuldner.

Der Wille des Gesetzgebers, die Sicherungsbestellung von der Übertragung der Inhaberschaft zu unterscheiden, kommt ganz klar im Verbot der sog. Verfallklauseln (pacte commissoire, Art. 2078, Abs. 2 C.civ.) zum Ausdruck.

Da das Pfandrecht dem Pfandgläubiger das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfandgegenstand gewährt, dieses Vorzugsrecht aber die übrigen Gläubiger des Pfandschuldners benachteiligen würde, hat der Gesetzgeber die Bestellung eines solchen Pfandrechtes an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die die Interessen der übrigen Gläubiger des Pfandschuldners wahren sollen. Zu diesen das Prinzip der Offenkundigkeit und der Spezialität wahren

¹ Aubry et Rau, VI § 432, S. 260, Anm. 13; Baudry I, Nr. 88 u. 48; Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 81.

Voraussetzungen gehören insbesondere die Verpflichtung zur Beurkundung des Verpfändungsaktes, die Benachrichtigung des Drittschuldners und die Besitzübertragung. Würde man die Sicherungsbestellung in Form einer Abtretung zulassen, würden die Beurkundung der Sicherungsbestellung und die Besitzentziehung des Pfandschuldners entfallen.¹

Die genannten Formvorschriften sind aber im Interesse der übrigen Gläubiger des Pfandschuldners geschaffen, um einer Kollusion des Pfandgläubigers mit dem Pfandschuldner zum Nachteil der übrigen Gläubiger vorzubeugen und um die übrigen Gläubiger von der Verpfändung in Kenntnis zu setzen. Obwohl die Beurkundung des Verpfändungsaktes nur Beweis Zwecken gegenüber Dritten dient, wird doch damit die Entstehung des Pfandrechtes oder zumindest des daraus resultierenden Privilegs einem Formalismus unterworfen. Daraus schließen einige Autoren, daß die Sicherungsbestellung in keiner anderen Form als der Verpfändung vorgenommen werden kann.²

Dieselben Autoren sind der Ansicht, die Bestellung einer Sicherheit sei nichtig, wenn diese Voraussetzungen nicht beachtet werden. Eine Umdeutung der Abtretung in eine Verpfändung sei theoretisch nicht möglich; einmal handele es sich um ein Scheingeschäft in betrügerischer Absicht, weil nämlich die Abtretung gewählt wurde, um die übrigen Gläubiger der gesetzlichen Garantie der rechtmäßigen Pfandbestellung zu berauben. Zum anderen wird³ vorgebracht, die Umdeutung sei nur möglich, wenn das Scheingeschäft eine wesentlich gleiche Wirkung wie das versteckte Geschäft erzielen sollte. Der Pfandvertrag sei aber gerichtet auf ein dingliches Recht besonderer Art, das auf keine andere Art und Weise entstehen könne, als nur durch einen Pfandvertrag.

Auch die Rechtsprechung hält den Unterschied zwischen der Übertragung einer Forderung und der Sicherungsbestellung an einer solchen für so wesentlich, daß die Sicherungsbestellung nur in der dafür vom Gesetzgeber vorgesehenen Form - der Verpfändung - vorgenommen werden könne.

1 Baudry I, Nr. 51.

2 Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 81; Aubry et Rau, VI § 432, S. 260, Anm. 13; Baudry I, Nr. 88 u. 48.

3 insbesondere von Planiol-Ripert-Bécqué, a. a. O..

Allerdings stellt sich für die Rechtsprechung nicht die Frage, ob die Umdeutung eines - nach der Rechtslehre - nichtigen Abtretungsvertrages in eine Verpfändung möglich ist. Sie kommt nämlich durch eine sehr weitgehende Auslegung der Parteivereinbarungen in den meisten Fällen zu dem Ergebnis, daß eine Sicherungsbestellung von den Parteien gewollt wird und erklärt diese nur dann für wirksam, wenn alle Erfordernisse des Pfandvertrages gegeben sind; das sind bei der Verpfändung von Forderungen insbesondere die Beurkundung des Verpfändungsaktes und die "Besitzübergabe".¹

Bei der Abgrenzung zwischen Sicherungsbestellung und Übertragung der Forderung hält sich die Rechtsprechung im wesentlichen an das Kriterium, ob die Inhaberschaft endgültig auf den Erwerber übergehen soll, oder ob nur eine vorläufige Sicherung desselben geschaffen werden, die Inhaberschaft aber beim Sicherungsgeber verbleiben soll.²

Bei der Erforschung des gemeinsamen wirklichen Willens der Parteien gemäß Art. 1156 C.civ. geht die Rechtsprechung sehr weit: In einem Urteil aus dem Jahre 1834 stellt die Cour de Cassation eine Verpfändung und nicht eine Abtretung bei folgendem Sachverhalt fest: Ein Schuldner erklärt, seinem Gläubiger alle Rechte an bestimmten Forderungen abzutreten und übergibt ihm die Urkunden, damit der Gläubiger über die Forderungen wie über seine eigenen Sachen verfügen könne; der Schuldner behält sich allerdings

¹ Cass.11.3.1879,D.1879.1.401; Paris 18.4.1889,D.1890.2.342.

² Diese Unterscheidung zwischen endgültigem Übergang und Sicherungsbestellung wird von der Rechtsprechung am klarsten bei der Frage getroffen, ob ein Wiederkaufvertrag (vente à réméré, Art. 1659 ff C.civ.) oder ein Pfandvertrag vorliegt. Die Ähnlichkeit der Wirkungen beider Institute machte den Wiederkaufvertrag zur Umgehung des Wucherverbotes und des Verbots der Verfallklausel bei der Verpfändung körperlicher Gegenstände interessant. Auch dabei geht es um die Frage, ob eine endgültige Übertragung - mit der Möglichkeit des Wiederkaufs - oder nur eine - verschleierte - Sicherung von den Parteien gewollt wird. Zum Wiederkaufvertrag: JCl.civ., Vente, Art.1659-1673, Nr.4 ff m.w.N.; zur Gültigkeit des Wiederkaufes vgl. Cass.civ., 8.6.1955, Bull.civ. 1955, S. 205.

vor, die Forderungen sich rückübertragen zu lassen, wenn er seine Schuld bezahlt, und soweit die genannten Forderungen nicht weiter übertragen sein sollten. Das Gericht stellt fest, daß die Parteien nicht den Willen gehabt hätten, die Forderungen endgültig und unwiderruflich zu übertragen.¹ Sie hätten vielmehr einen Pfandvertrag abschließen wollen. Da die Voraussetzungen für einen solchen Vertrag, insbesondere Beurkundung und Übergabe der Urkunden, gegeben seien, sei dieser Pfandvertrag gültig.

Bei der Erforschung und Ausdeutung des wirklichen Willens der Parteien kommt der Rechtsprechung die Tatsache entgegen, daß eine Unterscheidung zwischen der Übertragung der Inhaberschaft und der Verpfändung im französischen Recht bei Forderungen sehr schwierig ist. Die Unterscheidung wird noch dadurch erschwert, daß die Voraussetzungen der Abtretung - Art. 1690 C.civ. - denen der Verpfändung - Art. 2075 C.civ. - sehr ähneln. Darüber hinaus können in der Notariatspraxis die Worte "transfert de garantie" eine Verpfändung bedeuten. Erstaunlich ist auch, daß kaum Entscheidungen zu finden sind, die eine klare terminologische Unterscheidung zwischen Abtretung und Verpfändung der Forderung treffen.²

Eine andere Entscheidung³ hat sogar die bedingte Abtretung von Forderungen zur Sicherung einer Darlehensforderung für gültig erklärt, obwohl die Voraussetzungen der Art. 2075, 2076 C.civ. nicht gegeben waren. Die Abtretung war aufschiebend bedingt durch die Nichterfüllung der Darlehensforderung zum verabredeten Fälligkeitstermin. Nach dem genannten Urteil soll eine gültige Abtretung, keine Verpfändung vorliegen.

Die uneinheitliche Rechtsprechung hat dazu geführt, daß auch in der Rechtslehre die Ansicht vertreten wurde, die Sicherstellung an Forderungen könne in Form der Abtretung erfolgen.⁴ Das zumal

1 Cour.Cass.3.7.1834,D.Rep.Nantissement,Nr. 104.

2 vgl.Civ.21.3.1910,S.1913.1.545; civ.30.5.1947,S.1947.1.141.

3 Civ.29.8.1849,D.1849.1.273.

4 Mazin, Rép.gén.du notariat, 1931,Nr.22721,S.221,226.

unter Hinweis darauf, daß auch bei der Verpfändung der Pfandgläubiger auf Grund einer Vereinbarung mit dem Pfandschuldner trotz des Verbots durch Art. 2078, Abs. 2 C.civ. die verpfändete Forderung selbst einziehen könne.

Allerdings rät derselbe Autor dazu, die über die Forderung ausgestellte Urkunde dem Gläubiger zu übergeben, damit gegebenenfalls die Voraussetzungen der Verpfändung erfüllt sind.

Das Argument, daß der Pfandgläubiger trotz Art. 2078 C.civ. zur Einziehung berechtigt sei, und der Art. 2078 C.civ. daher auch nicht einer Sicherungsbestellung in Form der Abtretung entgegenstehe, ist nicht überzeugend. Die Einziehungsberechtigung vor und nach Pfandreife ist eine Frage der Ausgestaltung der dem Sicherungsnehmer eingeräumten Sicherheit. Die Möglichkeit der Einziehung der verpfändeten Forderung durch den Pfandgläubiger kann aber nicht als Argument dafür genommen werden, daß eine Sicherheit durch die Abtretung einer Forderung bestellt werden kann.

Man wird bei der Beantwortung der Frage nach der Gültigkeit einer Sicherungsbestellung in Form der Abtretung unterscheiden müssen zwischen dem Sinn und Zweck der Formvorschriften, die für die Bestellung des Pfandrechts bestehen, und dem Verbot der Verfallklausel. Das Verbot der Verfallklausel soll verhindern, daß der Gläubiger durch eine falsche Schätzung des verpfändeten Gegenstandes einen höheren Gegenwert für seine ursprüngliche Forderung erhält.¹ Da dies bei auf Zahlung einer Geldsumme gerichteten Forderungen kaum möglich ist, hat die Rechtsprechung Vereinbarungen, die den Gläubiger für einziehungsberechtigt erklären, gelten lassen.

Die Formvorschriften sind dagegen besonders im Interesse der übrigen Gläubiger des Pfandschuldners geschaffen, um sie davor zu bewahren, daß durch die Vereinbarungen zwischen Pfandschuldner und -gläubiger ihnen haftendes Vermögen entzogen oder mit vorgehenden Rechten belastet wird. Außerdem sollen sie von der Verpfändung in Kenntnis gesetzt werden. Das mit diesen Formvor-

¹ Cass. 11.3.1879, D. 1879.1.401; Paris 18.4.1889, D. 1890.2.342.

schriften gewährte Prinzip der Offenkundigkeit ist zwingendes Recht und kann nicht durch Parteienvereinbarungen umgangen werden. Soweit also die Abtretung weniger Formvorschriften als die Verpfändung enthält, die der Offenkundigkeit dienen, ist sie im französischen Recht als Sicherungsform ungeeignet, weil sie als solche nichtig wäre.¹

5. Kapitel: Anwendungsgebiete der Verpfändung

Insgesamt gesehen ist die Verpfändung von Forderungen im französischen Recht sehr kompliziert, und es werden daher auch nur ganz bestimmte Forderungen verpfändet.

Die wichtigsten Anwendungsgebiete sind:

1. Verpfändung der Gesellschaftsanteile an Personengesellschaften,²
2. die Verpfändung von Lebensversicherungen,³
3. die Verpfändung von Bankkonten.³
4. Das wichtigste Anwendungsgebiet hat eine eigene gesetzliche Regelung erfahren. Es handelt sich um die sog. "délégation de 'marché'", das ist die Sicherheitsbestellung für einen Bankkredit durch Verpfändung einer Forderung, die einem Unternehmer auf Grund eines öffentlich vergebenen Auftrags - sei es zur Ausführung einer Arbeit oder zur Lieferung von Material - gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts zusteht.⁴

In einer Gesetzesverordnung vom 30.10.1935, ergänzt durch eine weitere Verordnung vom 27.8.1937 und 14.6.1938,⁵ werden die in der Rechtsprechung aufgetretenen Zweifel bezüglich der Übergabe

1 Baudry I, Nr.51; Planiol-Ripert-Bécqué XII, Nr. 81; Aubry et Rau, VI, § 432, Anm.13.

2 Carbonnier, Rev.soc.1937,173; Einer häufigen Anwendung steht hier aber die Unabtretbarkeit oder beschränkte Abtretbarkeit entgegen, Hamel-Lagarde-Jauffret Nr.129o m.w.N.,s.auch Art.19, 2o, 45, 46 des Ges. vom 24.7.1966 über die Reform der Handelsgesellschaften.

3 Hamel-Apprill, S. 497 ff..

4 JCl.civ.Art.1271-1281, Délégation,Nr.28; Fargeaud,Nr.1o1 ff..

5 s.o.S.55.

der über die Forderung ausgestellten Urkunde dahin geklärt, daß bei der Verpfändung der in dem Gesetz genannten Forderungen die Besitzübertragung durch Übergabe der Vertragsurkunde an den Pfandgläubiger erfolgt.

Der Pfandgläubiger darf nach diesem Gesetz die verpfändete Forderung einziehen.

Im Übrigen wird auf die Formvorschriften des zivilrechtlichen und handelsrechtlichen Pfandrechtes, Art. 2075 C.civ. und Art. 91 C.com., verwiesen. Zu beachten ist aber, daß es sich hier um die Teilregelung eines Spezialgebietes handelt, die zwar Auswirkungen auf die Reform des Code civil haben kann, bisher aber nicht auf normale Forderungen anwendbar ist. Außerdem hat diese gesetzliche Regelung nur eine Klärung, nicht aber eine Vereinfachung für die Verpfändung von Forderungen gebracht.

Dagegen hat in den dreißiger Jahren die "Société d'Etudes Législatives" weitergehende Reformvorschläge gemacht.¹ Ziel dieser Vorschläge war es, die Verpfändung von Forderungen zu vereinfachen und weiteren Kreisen der Wirtschaft und des Handels zugänglich zu machen. Besonderen Wert hat die Reformkommission dabei auf die Beachtung des Offenkundigkeitsprinzips gelegt. Der Drittschuldner soll nach diesen Vorschlägen gesetzlich verpflichtet werden, dem neuen Gläubiger darüber Auskunft zu geben, ob schon eine Verpfändung der Forderung erfolgt ist.

Die Beachtung des Art. 2075 C.civ., d.h. die Beurkundung des Verpfändungsaktes, soll für das handelsrechtliche Pfandrecht nicht mehr aufrechterhalten werden.

Dagegen wird weiterhin die Übergabe der für die Forderung ausgestellten Urkunde gefordert, allerdings nur soweit eine solche vorhanden ist.²

1 Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1937, S.333 ff; 1938, S.239 ff..

2 Damit soll die Analogie zwischen Abtretung und Verpfändung von Forderungen gänzlich hergestellt werden. Boulanger, B.S. E.L., 1937, S. 343 ff..

Bei der Verwertung der Forderungen nach Pfandreife wird folgende - relative - Vereinfachung vorgeschlagen: Zahlt der Schuldner bei Fälligkeit nicht, soll der Gläubiger 8 Tage nach einer Anzeige an den Pfand- und an den Drittschuldner Inhaber der verpfändeten Forderung werden.

Zusammenfassend kann man sagen, daß das französische Recht die Verpfändung von Forderungen in einer Weise geregelt hat, die den Interessen aller Beteiligten Rechnung tragen soll: das Verbot der Verfallklausel soll den Pfandschuldner gegen eine Übervorteilung durch den Pfandgläubiger schützen; die Übergabe des verpfändeten Gegenstandes an den Pfandgläubiger oder an einen vereinbarten Dritten dient dem Schutze des Pfandgläubigers gegen eine nochmalige Verpfändung derselben Sache; die Interessen der übrigen Gläubiger des Pfandschuldners werden durch die strenge Beachtung des Offenkundigkeits- und des Spezialitäts-Prinzips gewahrt. Indem aber allen Interessen Rechnung getragen wird, hat sich die Verpfändung kompliziert. Diese Form der Kreditsicherung bleibt daher solchen Forderungen vorbehalten, die einmal durch ihre finanzielle Bedeutung, dann aber auch durch das Zusammenwirken mit dem Staat und seinen Behörden besondere Behandlung erfordern, und die sich außerdem oder gerade deswegen nicht in Wechselforderungen umwandeln lassen.

5. Teil: Die Provisionsdoktrin

Für den Handel ist dagegen die Verpfändung von Forderungen ungeeignet. Um die hauptsächlich aus dem Waren- oder Dienstleistungsverkehr stammenden kurzfristigen Forderungen zu Kreditzwecken zu verwenden, scheint das französische Recht das geeignete Mittel im Wechsel gefunden zu haben. Der Kaufmann zieht auf seinen Schuldner einen Wechsel, den er an seinen Gläubiger indossiert, um auf diese Weise seine eigene Schuld zu begleichen oder z.B. durch Diskontierung Bargeld zu erhalten. Der Aussteller bekommt in diesem Fall für seine erst später fällig werdende For-

derung sofort Mittel zur Hand, mit denen er weitere Geschäfte tätigen kann. Der Wechsel ist auf diese Weise zum Kreditinstrument geworden.

Insoweit besteht kein Unterschied zwischen dem Wechseldiskont in Frankreich und in Deutschland.¹

Dennoch wird diese Art der Kreditbeschaffung, nämlich durch Wechseldiskont, in Frankreich häufiger angewendet als in Deutschland. Einen ungefähren Überblick geben folgende Zahlen: Im Jahre 1965 verteilten sich bei einer Gesamtkredithöhe von 86,02 Milliarden Frs (sog. kurzfristige Kredite mit einer Laufzeit bis zu 2 Jahre) die Kreditarten wie folgt:

30,36 Mrd.F Wechseldiskontkredit = 35,3 %

28,84 Mrd. F nicht rediskontierbare Kredite = 33,5 %

26,82 Mrd.F rediskontierbare Kredite = 31,2 %

In Deutschland dagegen ist ein genauer Überblick und ein Vergleich mit den Zahlen in Frankreich schwierig, weil in Deutschland unter kurzfristigen Krediten solche mit einer Laufzeit von höchstens 3 oder 6 Monaten verstanden werden.²

Im deutschen Wechselverkehr werden im allgemeinen nur Wechsel über größere Beträge gezogen. Eine genaue Statistik gibt es nicht. In den Bilanzen erscheinen immer nur die - relativ - hohen Wechselbeträge, die aber nichts darüber aussagen, aus wievielen Wechseln sich die Summe zusammensetzt.

Darüber hinaus gewähren die Banken in Frankreich Kredite, für die ein nicht akzeptierter Wechsel zur Sicherheit gegeben wird. Die nichtakzeptierten Wechsel sollen sogar einen Anteil von 60 % der zur Diskontierung eingereichten Wechsel stellen.

1 Zum wirtschaftlichen Hintergrund der Wechseldiskontierung: Ferronière, Opérations de Banque, Nr. 266 ff, 270, 271; Schlogel, Banque 1959, 371; in Deutschland: Herold-Lippisch, S. 48 ff; Baumbach-Hefermehl, Einleitung WG.Rdnr. 44.

2 Einen ungefähren Überblick und Vergleich gibt der Bericht der "Kommission Gilet", S. 13, vgl. auch den "Rapport annuel du Conseil national du Crédit", 20. Jahrgang 1965, S. 145.

In Deutschland spielen dagegen nichtakzeptierte Wechsel überhaupt keine Rolle.¹

70 % der in Frankreich diskontierten Wechsel sollen auf Beträge unter 1000 F. lauten². Wechsel über solch niedrige Beträge werden von deutschen Banken ungern hereingenommen, weil sich die Bearbeitung der Wechsel im Vergleich zum Verdienst nicht lohnt.³

Es müssen aber noch andere Gründe zu der unterschiedlichen Bedeutung der Wechseldiskontierung für die Kreditbeschaffung in Deutschland und Frankreich geführt haben.

Die weitere Verbreitung des Wechseldiskonts in Frankreich beruht unter anderem darauf, daß dort der Wechsel als das ideale Kreditinstrument angesehen wird, das es erlaubt, auf einfache und schnelle Weise, ohne Beachtung der vom Code civil vorgeschriebenen Formvorschriften eine Forderung zu übertragen.

Diese Nützlichkeit des Wechsels ist von den interessierten Wirtschaftskreisen früh erkannt worden, und die Rechtsprechung hat diese Entwicklung zum Kreditinstrument nach Kräften unterstützt.

1. Kapitel: Die französische Wechselkonzeption

Um die Umlauffähigkeit des Wechsels bzw. das Vertrauen in den Wechsel zu steigern, ist der Wechsel durch die Rechtsprechung und dann auch vom Gesetzgeber, der die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze übernahm, mit Sicherheiten ausgestattet worden, die ihm in Deutschland fehlen: Einmal wurde die Wechselziehung zwischen Kaufleuten 1938 dadurch erleichtert, daß nach Art. 124 Abs. 9 C.com. die Wechselannahme unter bestimmten Voraussetzungen für obligatorisch erklärt wurde.

Zum anderen wurde dem Wechselinhaber ein Recht auf die dem Wechselaussteller gegen den Bezogenen zum Zeitpunkt der Wechselfäl-

¹ Vgl. Miller, S. 186.

² Bericht der Kommission Gilet, S. 19; vgl. auch die von Miller, S. 185, auf Grund einer Auskunft der "Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris" gegebenen Zahlen.

³ So schon Feibelmann, S. 71; Miller, S. 186.

lichkeit zustehende Forderung gegeben. Es handelt sich um das Recht auf die sog. provision.

1. Die obligatorische Wechselannahme

Die Wechselannahme ist unter folgenden, sich aus dem Gesetz, Art. 124 Abs. 9 C.com., ergebenden Voraussetzungen obligatorisch:

1. Der Wechselbeziehung muß die Lieferung von Waren zu Grunde liegen.
2. Der Wechsel muß von einem Kaufmann auf einen anderen Kaufmann gezogen worden sein.
3. Der Aussteller muß seinen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nachgekommen sein.
4. Der Bezogene muß eine handelsübliche Frist zur Nachprüfung der gelieferten Waren erhalten haben.

Dem ist noch hinzuzufügen, daß das Datum der Wechselfälligkeit dem von den Parteien ausdrücklich oder konkludent vorgesehenen Erfüllungszeitpunkt entsprechen muß.¹

Unter diesen Voraussetzungen kann der Bezogene die Wechselannahme nicht verweigern und würde sich gegebenenfalls einer Schadenersatzforderung aussetzen.² Außerdem zieht die Verweigerung der Annahme die sofortige Fälligkeit der Forderung nach sich (Art. 124 Abs. 10 C.com.)

Eine ähnliche Regelung war aber schon vor 1938 unter Kaufleuten üblich: Handelte es sich um eine unbestrittene und bei Wechsel-fälligkeit ebenfalls fällige Forderung, war der Schuldner nicht berechtigt, die Annahme zu verweigern.³ Allerdings setzte sich nach dieser Regelung der Schuldner eventuellen Schadenersatzansprüchen aus. Der Verlust der Zahlungsfrist, wie jetzt gem. Art. 124 Abs. 10 C.com., trat aber nicht ein.

¹ Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1415. Vgl. auch die S. 76 Anm. 3 gegebenen
² Lescot et Roblot, Nr. 368. /Nachweise.
³ Toujas, I, 290; Lyon-Caen-Renault, IV, Nr. 224; J.Cl.com. Art. 124-129, Nr. 165; Lescot et Roblot, Nr. 439; Trib.com. Toulon, 11.3.1929, Gaz. Pal. 1929.1.667.

Nach der französischen Rechtslehre ergibt sich aus den vorhergehenden Vereinbarungen der Parteien - konkludent oder ausdrücklich -, ob der Aussteller berechtigt ist, auf seinen Schuldner einen Wechsel zu ziehen, und ob dieser verpflichtet ist, den Wechsel anzunehmen.

Nach dieser Meinung ist Art. 124 Abs. 9 C.com. dispositives Recht. Die Parteien können also auch vereinbaren, daß der Aussteller keinen Wechsel ziehen darf und der Bezogene ihn nicht anzunehmen braucht, obwohl nunmehr das Gesetz den Bezogenen verpflichtet, in bestimmten Fällen den Wechsel anzunehmen.¹

In der Praxis dürfte diese (von der deutschen abweichende) Regelung keine allzu große Rolle spielen, selbst wenn man der zwingenden Auslegung des Art. 124 Abs. 9 C.com. folgen sollte, da der Bezogene mit dem Aussteller vereinbaren kann, daß der Wechsel nicht akzeptierbar ist. Hält der Aussteller sich nicht an diese Vereinbarung, wird ein Bezogener, der nicht auf den Aussteller als Kunden angewiesen ist, seine Geschäftsbeziehungen mit dem Aussteller abbrechen.²

1 So Goré in Anm. zu Paris, 14.4.1964, D.1964, 725 ff. 728. Vgl. auch die in Anm. 1 gegebenen Nachweise. In dem von Goré besprochenen Fall hatte der Gläubiger einen Wechsel auf seinen Schuldner gezogen, obwohl nach dessen dem Geschäft zugrundeliegenden Bedingungen vereinbart war, daß keine Wechsel auf ihn gezogen werden dürften. Als der Wechselnehmer, eine Bank, den Wechsel zur Annahme präsentierte, weigerte sich der Bezogene anzunehmen. Aus den Motiven der Entscheidung und der Anmerkung geht indirekt hervor, daß die vorhergehende Vereinbarung, die Wechselziehung nicht zu gestatten, keinen Einfluß auf die Übertragung der Wechselziehung zugrundeliegenden Forderung, der sog. provision, bei Wechselbegebung haben soll, wenn die zugrundeliegende Forderung die gesetzlichen Voraussetzungen der "provision" erfüllt (dazu unten im 2. Kapitel).

2 Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1415. Da es sich um eine einseitige französische Hinzufügung zum Einheitlichen Wechselgesetz handelt, wollen Hamel-Lagarde-Jauffret Art. 124 Abs. 9 C.com. nur auf französische Bezogene und französische Wechselinhaber anwenden. Ein nicht französischer Bezogener soll nicht zur Annahme gezwungen werden können, ebenso wenig wie ein ausländischer Wechselinhaber ein Recht aus Art. 124 Abs. 9 C.com. gegen einen französischen Bezogenen herleiten können soll. Dieser Meinung ist m.E. nicht zu folgen, vielmehr müssen hier die Prinzipien des Internationalen Privatrechts insbesondere über die Auslegung des einheitlichen Wechselgesetzes angewendet werden. - Dazu: Gaston Lagarde, Portée internationale d'une interprétation nationale de la loi (Fortsetzung s. nächste Seite)

II. Das Verhältnis der zugrundeliegenden Forderung zur Wechsel-forderung

In Deutschland wie in Frankreich beruht das Vertrauen in den Wechsel in erster Linie auf der solidarischen Haftung der Wechselunterzeichner. Darüber hinaus bestärkt beim Warenwechsel das zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen geschlossene Rechtsgeschäft den Wechselnehmer in der Hoffnung, der Bezogene werde bei Fälligkeit des Wechsels in der Lage sein zu zahlen. Eine weitergehende Rolle - abgesehen von der Wechselbereicherungsklage und im Verhältnis zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen und im Verhältnis zwischen dem jeweiligen Indossanten und Indossatar - hat das zugrundeliegende Rechtsgeschäft im deutschen Recht nicht. Zwar geht das deutsche Recht davon aus, daß die zugrundeliegende Forderung bei Wechselhingabe im Zweifel nicht erlischt (§ 364 Abs.2 BGB). Der Gläubiger, der einen Wechsel in Zahlung genommen hat, ist aber verpflichtet, zunächst Befriedigung aus dem Wechsel zu suchen.¹ Die Grundforderung gilt erst als erloschen, wenn der in der Hingabe des Wechsels liegende Zahlungsveruch zur Befriedigung des Gläubigers geführt hat; d.h. wenn der Schuldner den Wechsel eingelöst hat oder der Gläubiger durch Diskontierung des Wechsels einen Gegenwert erhalten hat, den er behalten darf.² Außer bei Einlösung des Wechsels durch den Schuldner wird der Ausschluß der Rückgriffsrechte gegen den

Fortsetzung der FN 2 von S. 77:

uniforme sur la lettre de change et le billet à ordre, *Mélanges Secrétain*, 1964, S.151-158. Danach hat der Richter, soweit es sich um ein einheitliches Gesetz (loi uniforme) handelt, dieses anzuwenden. Soweit es sich auch im Einheitlichen Wechselgesetz um national verschiedene Normen handelt, hat er das sich aus der Anwendung der Kollisionsnormen ergebende Recht anzuwenden. Lagarde, a.a.O.. Zur Frage der nationalen Interpretation des Einheitlichen Wechselrechtes: *Cass.com.* 4.3.1963, *JCP* 1963.II.13376 mit Anm. Lescot; Zweigert und Drobnig, *RabelsZ* 1965, 146; Battifol, Nr.343, S.392; *Co.mar*, 24.2.1965, *La semaine jur.* 1967, Nr.14065 mit Anm. Lescot; und die Art.4,5,8 der Anlage II zum EWG.

1 Baumbach-Hefermehl. Einleitung WG, Rdnr. 29 ff..

2 Baumbach-Hefermehl. Einleitung WG, Rdnr. 31.

Gläubiger bei Verjährung und Präjudizierung des Wechsels gemäß Art. 53 WG angenommen.¹

In Deutschland ist der letzte Wechselnehmer auf eine Wechselbe-reicherungsklage gegen den Aussteller oder den Annehmer des Wechsels angewiesen und hat keinen bürgerlich-rechtlichen Anspruch mehr gegen den Indossanten (Art. 89 WG).

Zu einem ganz anderen Ergebnis kommt das französische Recht auf Grund seiner Wechselkonzeption: Gemäß Art. 1108 C.civ. muß jedes Schuldverhältnis einen gültigen Rechtsgrund haben. Dieses Prinzip wird auch auf den Wechsel angewendet: das zugrundeliegende Rechtsgeschäft wird als Rechtsgrund angesehen.² Der Aussteller zieht den Wechsel auf den Bezogenen, weil er Gläubiger des Bezogenen ist oder bei Wechselfälligkeit sein wird, der Indossatar nimmt den Wechsel vom Indossanten, weil letzterer ihm den Kaufpreis schuldet oder weil er dem Indossanten einen Kredit gewährt hat.

Nun erlischt aber nicht allein durch die Wechselziehung die zugrundeliegende Forderung, wie das früher von verschiedenen französischen Autoren mit der Begründung vertreten wurde, der Wechsel verkörpere nur die zugrundeliegende Forderung, die wiederum durch die Wechselziehung verschiedenen Änderungen unterliege.³ Andere behaupteten, durch die Wechselziehung werde zwar eine neue Forderung geschaffen, derselbe Akt bringe aber eine Novation, und daher erlösche die zugrundeliegende Forderung.⁴ Die Überwiegende Mehrheit in Rechtsprechung und Literatur steht heute auf dem Standpunkt, daß die zugrundeliegende Forderung nicht allein durch die Wechselziehung erlischt, daß vielmehr die neue Wechselforderung neben der zugrundeliegenden Forderung besteht und diese verstärkt.⁵

1 Baumbach-Hefermehl, Einleitung WG, Rdnr. 32. Miller, S.98 ff..

2 Cass.26.5.1964, Bull.civ.1964 III Nr.272; Houin, Effets de Commerce, Rev.trim.dr.com.1948, 287-288; 1949, 134-135; Lescot in Anm. zu Paris 1.7.1965, JCP 1965, Nr.14437 m.w.N..

3 Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1331 ff..

4 Lescot-Roblot, Nr.78 ff..

5 Civ.8.5.1850, D.1850.1.158; 28.4.1900, D.1901.1.17, Anm. Thaller; 12.11.1946, S.47.1.3, Anm.Lescot; D 1947.109, Anm.P.L.P.; Capitant, De la cause des obligations, Nr.189; Lescot et Roblot, Nr.80; Houin, a.a.O..

Ein Erlöschen der zugrundeliegenden Forderung durch die Wechselziehung tritt nur ein, wenn die Parteien dies besonders vereinbaren.¹ Im Normalfall bleibt sie bestehen, und es stellt sich die Frage, wie das Verhältnis zwischen zugrundeliegender Forderung und Wechselforderung ist, d.h. wann der Wechselinhaber aus der zugrundeliegenden Forderung und wann aus der Wechselforderung vorgehen kann. Außer Betracht bleiben soll hier der Fall, in dem die Parteien den Wechsel nur als Garantie für die zugrundeliegende Forderung geschaffen haben. Dann muß der Gläubiger vertragsgemäß versuchen, erst die zugrundeliegende Forderung einzutreiben.

Aber auch ohne eine besondere Vereinbarung hat der Wechselinhaber im französischen Recht wie im deutschen zunächst zu versuchen, aus dem Wechsel Befriedigung zu erlangen. Die Frage, wann der Wechselinhaber seinen Verpflichtungen, die Wechselforderung einzutreiben, Genüge getan hat, und auf die zugrundeliegende Forderung zurückgreifen kann, wird anders als im deutschen Recht beantwortet.

Drei Lösungen bieten sich an:

1. Der Wechselinhaber hat den Wechsel dem Bezogenen zu präsentieren und kann, wenn dieser die Annahme verweigert, auf die zugrundeliegende Forderung zurückgreifen.
2. Der Wechselinhaber hat die Fälligkeit des Wechsels abzuwarten und dann den Wechsel zur Zahlung vorzulegen. Weigert sich der Bezogene zu zahlen, kann der Wechselinhaber aus der zugrundeliegenden Forderung vorgehen.
3. Der Wechselinhaber kann erst auf die zugrundeliegende Forderung zurückgreifen, wenn er den Wechsel ordnungsgemäß zu Protest gegeben hat.

Die erste Lösung wird von der h.M. abgelehnt, weil der Bezogene eine Akzeptierung des Wechsels vor Wechseljährigkeit aus verschiedenen Gründen verweigern kann, was aber durchaus nicht eine Zahlungsverweigerung bei Wechseljährigkeit bedeutet. Die dritte Lösung wird als zu weitgehend abgelehnt. Die überwiegende Mehrheit der französischen Autoren folgt der Meinung zu 2. mit

1 Lescot-Roblot, Nr. 83 m.w.N..

folgender Begründung: Der Wechselnehmer habe sich zwar verpflichtet, zunächst aus dem Wechsel vorzugehen und erst im Falle der Nichtzahlung auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zurückzugreifen. Er habe aber keineswegs versprochen, für die Wahrnehmung und Bewahrung der Wechselrechte zu sorgen. Für ihn genüge es, daß der Wechsel nicht bezahlt worden sein. Die Nichterrfüllung könne er mit allen Mitteln beweisen, dazu brauche er nicht den Protest. Nur wenn er seine Rechte aus dem Wechsel behalten wolle, verpflichte ihn das Gesetz - nicht die Vertragsvereinbarungen -, den Wechsel ordnungsgemäß zu Protest zu geben.¹ Der Wechselinhaber verliert also nicht das Recht, aus der zugrundeliegenden Forderung vorzugehen, auch wenn der Wechsel präjudiziert ist.

Viel deutlicher als im deutschen Recht wird im französischen Recht die Wechselwirkung zwischen zugrundeliegender Forderung und Wechselforderung hervorgehoben. Der Wechsel wird nur als ein Instrument zur schnelleren Eintreibung und Übertragung der kaufmännischen Forderung angesehen; kann er diese Funktion im Einzelfall nicht erfüllen, so soll der Gläubiger auf die zugrundeliegende Forderung zurückgreifen können.

Natürlich muß auch im französischen Recht die Umlauffähigkeit des Wechsels erhalten bleiben, die sehr beeinträchtigt würde, könnte der Bezogene Einwendungen und Einreden, die sich aus dem der Wechselziehung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis ergeben, dem gutgläubigen Dritten - Wechselnehmer - entgegenhalten. Um diese Umlauffähigkeit zu erhalten, braucht das französische Recht aber nicht das Abstraktionsprinzip, das in Deutschland als das Element der Umlauffähigkeit des Wechsels angesehen wird.² Das wichtigste Prinzip des französischen Wechselrechts ist daher in Art. 121 C.com. formuliert, der dem Art. 17 des WG entspricht. Der aus dem Wechsel in Anspruch Genommene kann dem gutgläubigen Wechselinhaber keine Einwendungen entgegensetzen, "die sich auf seine unmittelbaren Beziehungen zu dem Aussteller oder zu einem früheren Inhaber gründen."

¹ Lescot et Roblot, Nr. 83 m.w.N..

² Baumbach-Hefermehl, Einleitung WG, Rdnr. 44 ff..

Insoweit besteht zwischen dem französischen und dem deutschen Wechselrecht kein Unterschied. Ein solcher ergibt sich erst in der Frage über das Verhältnis zwischen zugrundeliegender Forderung und Wechselforderung, wenn es um die unmittelbaren Beziehungen zwischen einem aus dem Wechsel in Anspruch Genommenen und seinem Indossanten geht oder wenn sich Aussteller und Bezogener gegenüberstehen. Wie im deutschen Recht kann der Bezogene dem Aussteller alle Einreden entgegenhalten, die sich aus dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft ergeben, also insbesondere Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit u.ä. . Im Gegensatz zum deutschen Recht kann aber auch der Gläubiger, der seine Wechselforderung durch Prädjudizierung verloren hat, aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis vorgehen.¹

Die zugrundeliegende Forderung behält ihre wesentlichen Eigenschaften. Aus der Wechselziehung ergibt sich lediglich, daß bei Erfüllung der einen die andere Forderung erlöschen soll.²

Das zugrundeliegende Rechtsgeschäft erlischt aber nicht schon, wenn die Wechselforderung gem. Art. 156 und 179 C.com. verjährt oder Prädjudizierung eintritt. Der Wechselinhaber kann auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zurückgreifen und seinen Indossanten auf Zahlung der gelieferten Waren, für die er den Wechsel erhalten hat, oder auf Erstattung der bei Diskontierung erhaltenen Geldsumme belangen. Auf diese Weise kann jeder Indossatar gegen seinen Indossanten vorgehen bis zum Wechselaussteller, der vom Bezogenen Bezahlung der Forderung verlangen kann, die der Wechselziehung zugrunde lag.²

1 Lescot-Roblot, Nr. 86.

2 Wird allerdings der Wechsel erst später fällig als die zugrundeliegende Forderung, so ist darin ein Hinausschieben der Fälligkeit der zugrundeliegenden Forderung zu sehen. Außerdem ist der Wechselgläubiger verpflichtet, nach Art.136 Abs.2 C.com., eine teilweise Erfüllung anzunehmen, was er nach Art.1244 Abs. 1 C.civ. nicht brauchte. Insoweit zeigt sich, daß die Wechselforderung einen Einfluß auf die zugrundeliegende Forderung hat.

3 Civ.8.5.1859, D.1850.1.158, S.1850.1.597; Co.9.5.1961, Bull.civ.1961.III.176; Rev.trim.dr.com.1962, S.80, Anm.Bécqué u.Cabrillac; Com.27.6.1963, Bull.civ.1963.III.281; Civ.28.4.1900, D.1901.1.17, Anm.Thaller; 12.11.1946, S.1947.1.3, Anm.Lescot, Rev.trim.dr.com.1948, S.108, Anm.Houin; Lescot et Roblot Nr.80 m.w.N.; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1486.

III. Rechtsgrundlage der trotz des einheitlichen Wechselgesetzes verschiedenen Auffassungen.

Diese Verschiedenheit des deutschen und französischen Wechselrechts ist möglich, obwohl beide Staaten das Genfer Abkommen über das einheitliche Wechselgesetz vom 7. Juni 1930 unterzeichnet haben.¹

In der Anlage II dieses Abkommens sind einige Vorbehalte aufgeführt, von denen die Unterzeichnerstaaten Gebrauch machen konnten, um auf diese Weise ihre in dieser Frage untereinander abweichende Wechselkonzeption aufrecht erhalten zu können.

Art. 15 der Anlage II überläßt den einzelnen Staaten die Regelung der Frage, welche Ansprüche dem Wechselinhaber im Fall des Rückgriffsverlustes oder der Verjährung gegen den Aussteller, der keine Deckung geleistet hat, oder gegen den Aussteller oder Indossanten, der sich ungerechtfertigt bereichern würde, zustehen. Auf Grund dieses Vorbehaltes sind das französische und das deutsche Recht zu den oben erörterten verschiedenen Ergebnissen gekommen.

Gem. Art. 16 der Anlage II können die Unterzeichnerstaaten die Frage, ob der Aussteller verpflichtet ist, bei Verfall für Deckung zu sorgen, und ob der Inhaber besondere Rechte auf diese Deckung hat, selbst regeln. Das Einheitliche Wechselgesetz läßt auch alle anderen Fragen bezüglich der der Wechselausstellung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse offen.

Auch in dieser Frage sind das deutsche und französische Wechselrecht zu verschiedenen, gegensätzlichen Lösungen gekommen.

¹ In Deutschland wurde das Genfer Abkommen am 22. Juni 1933 ratifiziert und am 1.4.1934 trat das Einheitliche Wechselgesetz in Kraft, RGBI. 1933, I, S. 399. In Frankreich wurde das Abkommen am 27. April 1936 ratifiziert und am 21. Oktober 1936 veröffentlicht. Das Einheitliche Wechselgesetz war aber schon am 30. Oktober 1935 durch Einfügung und Änderung der Art. 110-189 des Code de Commerce in Kraft getreten.

IV. Das Recht auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis als Kreditsicherungsmittel

Im französischen Recht basiert die Wechselforderung auf der Forderung des Wechselausstellers gegen den Bezogenen. Diese zugrundeliegende Forderung wird als Deckung, sog. Provision, des Wechsels angesehen. In der Theorie müßte ein Wechsel ohne die Deckung ungültig sein, insbesondere in den Fällen, wo die zugrundeliegende Forderung nichtig ist, weil sie selbst keinen gültigen Rechtsgrund hat oder dieser später weggefallen ist.¹ Der Bezogene kann gegenüber dem Aussteller die Nichtigkeit geltend machen, der Aussteller gegenüber dem Wechselnehmer, der Indossant gegenüber dem Indossatar.² Um der Nichtigkeit des Wechsels vorzubeugen bestimmt Art.116 Abs.1 C.com. daher, daß die Deckung vom Aussteller geleistet werden muß;³ d.h. der Aussteller hat dafür zu sorgen, daß er bei Wechselfälligkeit Gläubiger des Bezogenen ist.

In der Praxis wird diese Nichtigkeit des Wechsels bei fehlender Provision durch zwei Prinzipien des Wechselrechts aufgehoben:

1. Die Annahme des Wechsels durch den Bezogenen läßt das Bestehen der Provision vermuten (Art.116 Abs.4 C.com.), denn durch die Annahme verpflichtet sich der Bezogene gegenüber dem Wechselinhaber, die Wechselforderung bei Fälligkeit zu bezahlen (Art.128 C.com.). Der Wechselinhaber braucht nicht das Bestehen der Provision zu beweisen.⁴
2. Der gutgläubige Wechselinhaber braucht sich keine Einwendungen entgegenhalten zu lassen, die sich auf die unmittelbaren Beziehungen des Bezogenen zum Aussteller oder zu einem früheren Inhaber gründen (Art.121 C.com.).

1 Art. 1108 C.civ.; z.B. Cass.9.1.1956 in Banque 1956, 378.

2 Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1362; Lescot et Roblot, Nr.91; Jeanne d'Othée, Rev.trim.dr.com.1950, S. 191.

3 Art.116 Abs.1 C.com.: La provision doit être faite par le tireur.

4 Civ. 21.3.1939, D.1941, 68; S.1939.1.286; Civ.21.10.1942, Gaz. Pal.1943.1.15; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1409.

Zeigt sich hier schon die Bedeutung der Deckung für den Wechsel, so tritt ihre Aufgabe als Kreditsicherungsmittel klar hervor, wenn der Aussteller in Konkurs fällt und der Bezogene den Wechsel noch nicht angenommen hat.

In Deutschland hat der Wechselinhaber in diesem Fall kein Recht auf die Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen. Diese bleibt im Vermögen des Ausstellers und unterliegt dem Zugriff seiner Gläubiger.¹ Trägt der Wechsel keine weitere Unterschrift als die des Ausstellers, muß sich der Wechselnehmer mit einer quotenmäßigen Befriedigung im Konkurs des Ausstellers abfinden.

In Frankreich dagegen diente dieser Fall als Ausgangspunkt für eine Rechtsprechung, die dem jeweiligen Wechselinhaber ein Recht an der zugrundeliegenden Forderung zwischen Aussteller und Bezogenem zuspricht. Das Vertrauen in den Wechsel soll dadurch gestärkt werden, daß dem Wechselinhaber heute nach Art.116 Abs.3 C.com. die der Wechselziehung zugrundeliegende Forderung, das ist die Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen, sozusagen als Garantie für die Bezahlung des Wechsels zusteht, gleichgültig, ob der Wechsel angenommen worden ist oder nicht.²

Gleichzeitig sollen aber nicht die Geschäftsbeziehungen des Ausstellers mit dem Bezogenen dadurch beeinträchtigt werden, daß die zugrundeliegende Forderung bis zur Fälligkeit des Wechsels

-
- 1 Baumbach-Hefermehl, WG Einl., Rdnr. 43. Die Wechselausstellung hat im deutschen Recht nur zur Folge, daß der Wechselnehmer gem. § 783 BGB ermächtigt ist, die Leistung bei dem Bezogenen (Angewiesenen) im eigenen Namen geltend zu machen, und der Bezogene ermächtigt ist, befreiend an den Wechselnehmer (Anweisungsempfänger) zu leisten. Nach § 790 BGB kann der Aussteller aber die Anweisung gegenüber dem Bezogenen widerrufen, solange letzterer noch nicht angenommen oder geleistet hat.
- 2 Civ. 1873, D.1873.1.459; Req.21.5.1884, D.1884.1.291; Civ.18.1.1937, D.H.1937.145; S.37.1.89, Anm. Rousseau; Lyon-Caen et Renault, IV, Nr.184; Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr.1423 m.w.N.; Voegeli, S.266; François, S.79; Adatto, S.12. In Frankreich ist es durchaus üblich, daß eine Bank einen Wechsel diskontiert, bevor der Bezogene angenommen hat. Daher hat diese Frage dort eine ganz andere Bedeutung als in Deutschland, wo der nicht angenommene Wechsel als wertlos gilt. Etwa 60 % der Wechsel werden in Frankreich vor ihrer Annahme durch den Bezogenen diskontiert, vgl. Rapport der Kommission Gilet, S.17.

immobilisiert wird, selbst wenn der Bezogene von der Wechselziehung nichts weiß.¹ Daher ist die Rechtsprechung bemüht, dem Aussteller die Einziehung der zugrundeliegenden Forderung wenigstens bis zur Annahme des Wechsels durch den Bezogenen zu ermöglichen.²

Sicherung des Wechselnehmers unter gleichzeitiger Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Handelsverkehrs waren die Ziele der Rechtsprechung, die im Jahre 1922 durch die Neufassung des Art. 116 C.com. auch vom Gesetzgeber fixiert wurden. Die Sicherung des Wechselnehmers, also des Kreditgebers, sollte dadurch erhöht werden, daß er insbesondere im Konkurs des Ausstellers, seines eventuellen Kreditnehmers, ein Recht an der Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen, den Drittschuldner hat. Unter diesem Gesichtspunkt hat die sog. Provisionsdoktrin ihren Platz in dieser Untersuchung über die Verwendung von Forderungen zur Kreditsicherung.

2. Kapitel: Definition der Provision

I. Die Voraussetzungen der Provision gem. Art. 116 Abs. 2 C.com.

Gemäß Art. 116 Abs. 2 C.com. ist "provision" stets vorhanden, wenn bei Fälligkeit des Wechsels der Aussteller Gläubiger des Bezogenen ist, und zwar Gläubiger einer Geldforderung mindestens in Höhe der Wechselforderung.

Aus dieser Definition ergibt sich, daß die Provision in einer Geldforderung besteht, die erst bei Fälligkeit des Wechsels vorhanden zu sein braucht.³

Der Wechsel ist daher ohne Provision, wenn die bei Wechselausstellung zugrundeliegende Forderung vor Wechselfälligkeit erlo-

¹ Percey et Bouteron, S. 44.

² Civ. 19.11.1850, D. 1854.5.186; Civ. 20.8.1873, D. 1873.1.459; civ. 2.7.1883, D. 1884.1.273; S. 1885.1.117; Cass. 25.10.1906 Ann. dr. comm. 1908, 2.224; D. Rép., Effets de comm. Nr. 223, Lyon-Caen et Renaut, IV. Nr. 128 bis; Lescot et Roblot, Nr. 395.

³ Lescot et Roblot, Nr. 362, Anm. 1; Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1363; Arndt, JW 1931, S. 3047; Wahl, Zeitschr. f. ausl. u. intern. Privatrecht, 4, 408; Voegeli, S. 85.

schen ist oder eine solche Forderung erst nach Wechseljährigkeit zur Entstehung gelangt.

Umgekehrt ist Provision vorhanden, wenn am Tage der Wechselausstellung der Aussteller noch nicht Gläubiger des Bezogenen ist, es aber noch bis zum Tage der Wechseljährigkeit wird.¹

Nach der Gesetzesdefinition muß die die Provision bildende Forderung in ihrer Höhe mindestens der Wechselforderung entsprechen. Aus dem Text des Art. 116 Abs. 2 C.com. ist gefolgert worden, daß eine geringere Summe keine Provision darstellt und daher dem Wechselinhaber kein Recht daran zusteht.² Die weitaus h.M. geht aber davon aus, daß eine in ihrer Höhe geringere Forderung als die Wechselforderung zwar keine Provision im Sinne der Gesetzesdefinition darstellt, und der Bezogene sich zu recht weigern kann, die Wechselforderung zu begleichen, wenn er noch nicht angenommen hat.³ Dennoch müsse dem Wechselinhaber aus Billigkeitsgründen ein Recht an dieser Forderung zugestanden werden.⁴

II. Weitere Voraussetzungen der Provision

Weiterhin muß die die Provision bildende Forderung drei Bedingungen erfüllen:

Sie muß 1. rechtswirksam, 2. fällig sein und 3. in einer Geldforderung bestehen.

1. Die zugrundeliegende Forderung muß rechtswirksam sein, andernfalls würde sie die Nichtigkeit des Wechsels selbst herbeiführen. So ist der Wechsel, der für eine sittenwidrige oder gesetzwidrige Forderung hingegeben wird, selbst nichtig.⁵

1 Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1363; Civ. 19.11.1928, S. 1929.1.142.

2 Civ. 23.12.1940, DH. 1940, 157; S. 1940.1.113; François, S. 128.

3 Lescot et Roblot, Nr. 364; Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1363; Paris 7.2.1893, D. 1893.2.113; Lacour in Anm. zu Civ. 15.3.1905, D. 1905.1.379; Voegeli, Nr. 50; JCl. comm. Art. 116 Nr. 11 u. 77.

4 Civ. 18.1.1937, DH. 1937, 145, Anm. Rousseau; S. 1937.1.89; Civ. 23.9.1940, DH. 1940, 157; S. 1940.1.113; Montpellier, 21.3.1951, Rev. trim. dr. com. 1951, S. 549 Anm. Bécqué et Cabrillac; Banque 1951, S. 304, Anm. Marin; Lyon-Caen et Renault IV, Nr. 165.

5 Req. 17.7.1905, D. 1906.1.72; Req. 16.4.1923, D. 1923.1.172; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1364 m.w.N..

Es ist nicht möglich, durch die Schaffung eines Wechsels die - zunächst nichtige - zugrundeliegende Forderung wirksam werden zu lassen.¹ Zum Beispiel kann die nach Art.1965 C.civ. nicht durchsetzbare Forderung aus einem Spiel oder einer Wette nicht dadurch voll wirksam werden, daß der Verlierer einen Wechsel auf sich ziehen läßt. Die Spielschuld wird nämlich im französischen Recht als Naturalobligation angesehen.² Das auf Grund dieser Naturalobligation freiwillig Geleistete kann nach Art.1235 Abs.2 C.civ. nicht zurückverlangt werden. Bei der Rückforderung des auf Grund einer Spielschuld freiwillig Geleisteten geht die Rechtsprechung sogar so weit, die Wechselausstellung nicht als Zahlung der Spielschuld anzusehen, sondern nur als Zahlungsverprechen. Der Aussteller ist berechtigt, eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den bösgläubigen Wechselnehmer zu erheben. Art. 1967 C.civ., wonach der Verlierer nicht zurückverlangen kann, was er freiwillig gezahlt hat, soll auf diesen Fall nicht angewendet werden.³ Natürlich bleibt die Umlauffähigkeit des Wechsels, wie schon erörtert wurde, durch Art. 121 C.com. erhalten, wonach dem gutgläubigen Wechselinhaber keine Einwendungen entgegengehalten werden können, die sich nicht aus dem Wechsel selbst ergeben.⁴

2.Die die Provision bildende Forderung muß bei Fälligkeit des Wechsels selbst fällig und liquide, d.h. nicht bestritten sein, sie darf nicht mit einer Einrede behaftet sein, die den Bezogenen zur Zahlungsverweigerung berechtigen würde.⁵ Bei den Folgerungen, die aus der Anwendung dieses Prinzips gezogen werden,

1 Com.21.12.1959mBull.civ.1959.III.380; D.1960,262; Lyon 6.6.1906, S.1906.2.264..

2 vgl. Art. 1965 C.civ..

3 Req.10.12.1879,D.1881.1.421; Req.12.11.1884,S.1885.1.69;Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1364.

4 Com.16.12.1964,Bull.civ.1964 III.497; Civ.30.-1.1897,D.1898.1.158; Req.13.2.1928,D.1929.1.13; 13.5.1942,JCP 1942, 1935,Anm. Lescot; Req.26.5.1942,S.1942.1.122,Anm.Cheron;Com.9.11.1954,JCP 1954.8482; Com.20.7.1959,Bull.civ.1959; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr.1409 m.w.N..

5 Cass. 27.1.1954, Banque 1956,378.

muß allerdings unterschieden werden zwischen den Beziehungen Aussteller-Bezogener und Wechselinhaber-Bezogener.

Der Bezogene, der gegenüber dem Aussteller verpflichtet ist, erst zu einem späteren Zeitpunkt zu zahlen, kann nicht verpflichtet werden, vorzuleisten,¹ es sei denn, er hat sich durch die Annahme des Wechsels selbst dazu verpflichtet. Der Wechselinhaber kann sich dagegen mit einem Recht an der erst später fällig werdenden Forderung zufriedengeben, oder sich sofort an den Aussteller und die übrigen Wechselgaranten halten.²

Will der Wechselinhaber abwarten, bis die zugrundeliegende Forderung fällig wird, hat er dieselben Rechte gegenüber den übrigen Gläubigern des Ausstellers an der zugrundeliegenden Forderung, wie wenn diese bei Wechselfälligkeit selbst fällig gewesen wäre.³ Allerdings muß der Wechselinhaber, damit der Bezogene nicht befreiend an den Aussteller zahlen kann, dem Bezogenen eindeutig mitteilen, daß er die dem Aussteller zustehenden Rechte ausüben will. Dazu genügt es nicht, daß der Wechselinhaber den Wechsel zu Protest gibt. Der Bezogene könnte darin nur den Beginn der Geltendmachung der Wechselansprüche gegen die übrigen Wechselunterzeichner sehen.⁴

3. Die Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen muß in einer Geldforderung bestehen. Da die Wechselforderung immer nur eine Geldforderung ist, muß auch die Forderung, die in die Wechselforderung umgewandelt wird, eine Geldforderung sein. Die unter Kaufleuten üblichen Formeln: "provision en marchandises, provision en effets de commerce" sind irreführend. Natürlich kann der Wechselziehung der Verkauf von Waren zugrundeliegen oder der Verkauf von Wertpapieren durch einen Bankier im Auftrag des Ausstellers. Immer besteht aber die Provision in der Geldforderung

1 J.Cl.com., Art. 116, Nr. 16, 17; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1368.

2 Cass. civ. 23.9.1940, S. 1940.1.113; Lescot et Roblot, Nr. 365; D.Rep., Effets de commerce, Nr. 205; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1365.

3 Civ. 3.8.1935, D.Rep. Effets de commerce, Nr. 232; civ. 23.9.1940, DH 1940.157; S. 1940.1.113.

4 JCl.com. Art. 116, Nr. 79; Cass. 11.5.1853, DP 1853.1.42; Toujas, I. Nr. 133.

des Ausstellers gegen den Bezogenen aus dem Verkauf der Waren bzw. der Wertpapiere.¹

3. Kapitel: Rechte des Wechselinhabers an der Provision

Nach Art. 116 Abs. 3 C.com. steht dem jeweiligen Wechselinhaber die Provision zu.²

I. Möglichkeit, aus dem Wechsel und aus der zugrundeliegenden Forderung vorzugehen

Da die Provision in der Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen bei Fälligkeit des Wechsels besteht, hat der Wechselinhaber bei Wechselfälligkeit, falls der Wechsel angenommen worden ist, zwei Forderungen gegen den Bezogenen: Er kann aus dem Wechsel und aus der zugrundeliegenden Forderung gegen den Bezogenen vorgehen.³

Geht er aus der Wechselforderung vor, so hat er den Bezogenen gegebenenfalls vor dem Handelsgericht zu verklagen, weil die Unterzeichnung eines Wechsels immer als Handelsgeschäft angesehen wird (Art. 632 C.com.). Es können ihm keine Einreden entgegengehalten werden, die sich aus den Beziehungen des Bezogenen zum Aussteller oder einem früheren Wechselinhaber ergeben (Art. 121 C.com.). Geht er aus der zugrundeliegenden Forderung vor, kann der Bezogene ihm alle Einreden entgegenhalten, die er auch gegen seinen ursprünglichen Gläubiger, den Aussteller, gehabt

1 Civ. 4.12.1894, D. 1895.1.409, Anm. Thaller; civ. 16.6.1909, D. 1909.1.389; Req. 23.6.1941, D. C. 1943, 23, Anm. F.G.; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1366.

2 Art. 116 Abs. 3: "La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change." Wenn auch das Gesetz vom "Eigentum der Provision" spricht, ist doch die Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen gemeint. Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1422.

3 Cass. civ. 23.9.1940, S. 1940.1.113; Arminjon et Carry, Nr. 63. Zur Frage, wann der Wechselinhaber auf die zugrundeliegende Forderung zurückgreifen kann, s. o. S. 78 ff..

hätte.¹ Dafür hat der Wechselinhaber aber den Vorteil, daß mit der zugrundeliegenden Forderung auch die für diese Forderung bestellten Sicherheiten, z.B. eine Hypothek, auf ihn übergehen.²

Allerdings ist nach französischem - wie nach deutschem - Wechselrecht auch möglich, daß die Sicherheiten³ allein mit der Wechselforderung, nicht als akzessorische Sicherheiten der die Provision bildenden Forderung, auf Grund der Indossierung auf den jeweiligen Wechselinhaber übergehen.⁴ Das wird aus Art.118 C.com.abgeleitet, der dem Art.14 Abs. 1 WG entspricht: Das Indossament überträgt alle Rechte aus dem Wechsel.⁵

Wenn auch die für die Wechselforderung bestellte Sicherheit mit der Indossierung auf den jeweiligen Wechselinhaber übergeht, ohne daß sie in dem Wechsel erwähnt wird, muß doch der Wechselinhaber beweisen, daß die Sicherheit für die Wechselforderung bestellt worden ist. Der Aussteller kann sich natürlich die Sicherheit selbst vorbehalten und vereinbaren, daß sie nicht auf den jeweiligen Wechselinhaber übergehen soll.⁶

Als weiterer wichtiger Vorteil für den Wechselinhaber, aus der zugrundeliegenden Forderung vorzugehen, ist zu erwähnen, daß die zugrundeliegende Forderung nicht von der Verjährungsfrist der Wechselforderung (Art. 179 C.com.) erfaßt wird und auch nach Präjudizierung des Wechsels bestehen bleibt.⁷

1 Lescot et Roblot, Nr. 405; Arminjon et Carry Nr. 63.

2 Wahl, Zeitschrift f.ausl.u.intern.Privat Recht, 4, 408; Lescot et Roblot, Nr.292 u.405; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr. 1421; JCl.comm. Art.116 Nr.98-100; Toujas I, Nr.137; Paris 9.11.1965, Semaine jur. 1966, Nr.14819, Anm.Lescot.

3 Als Sicherheit kommen z.B. in Betracht das "privilège" (Recht auf Vorwegbefriedigung, Art.2095 C.civ.) des Verkäufers für seine Kaufpreisforderung an einem Grundstück gem. Art.2103 C.civ., oder an einem "fonds de commerce" (Handelsgeschäft, das als Ganzes verkauft, verpachtet und verpfändet werden kann), oder ein Pfandrecht oder eine Hypothek, die der Aussteller für die Wechselforderung bestellt hat.

4 Lescot et Roblot Nr.293; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr.1421 Rspr. Douai, 14.11.1901, D.1903.2.158; Alger, 6.5.1870; D.1871.2.1.

5 Toujas I, 137; JCl.comm.Art.116 Nr.98 u.100.

6 Req.26.12.1871, D.1872.1.319.

7 s.oben S.90.

II. Übergang der Provision auf den Wechselinhaber

Ist der Wechsel vom Bezogenen angenommen worden, wird von der Rechtsprechung entschieden, daß damit die zu dieser Zeit bestehende Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen auf den Wechselinhaber übergegangen ist.¹ Der Aussteller oder, bei dessen Konkurs, der Konkursverwalter oder pfändende Gläubiger des Ausstellers können nicht mehr die Forderung einziehen, ebenso wenig wie der Bezogene gegen den Aussteller mit einer eigenen Forderung noch aufrechnen kann.²

Dieses Ergebnis steht im Widerspruch mit dem Wortlaut des Art. 116 C.com., wonach dem Wechselinhaber ein Recht an der eventuellen, bei Wechselfälligkeit vorhandenen Forderung zusteht. Doch geht die h.M. dahin, daß sich mit der Annahme durch den Bezogenen die eventuelle Forderung des Wechselinhabers präzisiert hat und zu seinen Gunsten immobilisiert wird. Denn, so wird begründet, der Bezogene hat sich wechselfällig verpflichtet, weil er zu diesem Zeitpunkt Schuldner des Ausstellers war. Außerdem hat der Aussteller dem Wechselnehmer versprochen, für Zahlung durch den Bezogenen zu sorgen; die die Provision bildende Forderung soll daher der Zahlung des Wechsels dienen. Nur dadurch, daß die Provision dem Vermögen des Ausstellers entzogen wird und nunmehr dem Wechselinhaber zusteht, können sowohl der Aussteller als auch der Bezogene ihre Wechselversprechen einlösen. Das Recht des Wechselinhabers an der Forderung entspricht daher dem Willen der Parteien.³

1 vgl. die bei Dalloz, Rep., Effets de commerce, Nr. 224, 226, 228 angegebenen Entscheidungen; Lescot in Anm. zu Paris, 14.4.1964, JCP 1965, Nr. 14065; Lescot et Roblot, Nr. 394 u. 401.

2 Percerou et Bouteron, S. 42.

3 Lescot et Roblot, Nr. 401; Thaller, Nr. 1442; Percerou et Bouteron, S. 42.

III. Immobilisierung der Forderung zu Gunsten des Wechselinhabers

Auch ohne daß der Wechsel vom Bezogenen angenommen worden ist, kann der Aussteller durch eine sog. "affectation spéciale" eine bestimmte Forderung, die ihm am Tage der Ausstellung des Wechsels gegen den Bezogenen zusteht, derartig mit dem Wechsel verbinden, daß ihm auch vor der Annahme des Wechsels durch den Bezogenen jedes Verfügungsrecht über diese Forderung genommen ist. Durch die "affectation spéciale" dient die Forderung nur der Befriedigung der ganz bestimmten Wechselforderung bei deren Fälligkeit. Es kann nicht gegen sie mit einer Forderung des Bezogenen gegen den Aussteller aufgerechnet werden¹, und sie kann nicht in ein Kontokorrent gestellt werden.² Für die Wirksamkeit der affectation spéciale ist nicht erforderlich, daß der Aussteller die Verbindung der Forderung mit dem Wechsel im Wechsel selbst erwähnt.³ Es genügt, daß er den Bezogenen über seine Absicht informiert.⁴ Die Rechtsprechung hat sogar aus den Umständen der Wechselziehung auf das Vorliegen einer "affectation spéciale" geschlossen.⁵ Nur bei einem Kontokorrentverhältnis zwischen Aussteller und Bezogenem wird zumindest ein konkludentes Einverständnis des letzteren verlangt.⁶

Eine weitere Möglichkeit, sich die zugrundeliegende Forderung für die Bezahlung des Wechsels zu sichern, ist dem Wechselinhaber dadurch gegeben, daß er durch ein einfaches Verbot an den Bezogenen, an den Aussteller zu leisten, dem Bezogenen die befreiende Zahlung an den Aussteller unmöglich machen kann. Dieses Verbot bedarf keiner besonderen Form. Der Wechselinhaber braucht

1 Rouen, 6.1.1849, D. 1849.2.707.

2 Civ. 4.4.1865, S. 1865.1.233.

3 Bezüglich des Beweises der "affectation spéciale": Com. 28.2.1962, Bull. civ. 1962 III.108.

4 Douai, 4.12.1897, D. 1900.2.234; Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1369.

5 Civ. 4.4.1865, DP 1865.1.233; 18.5.1868, DP 1868.1.323.

6 Civ. 18.5.1868, S. 1868.1.292; civ. 4.4.1865, D. 1865.1.233; Lescot et Roblot, Nr. 411.

nicht die zugrundeliegende Forderung pfänden zu lassen.¹ Er hat dem Bezogenen die Existenz des Wechsels und seine Absicht, die Rechte des Ausstellers wahrzunehmen, mitzuteilen.² Das wird am besten durch eine vom Gerichtsvollzieher bewirkte Zustellung geschehen. Allerdings muß aus der Mitteilung des Wechselinhabers an den Bezogenen klar hervorgehen, daß der Wechselinhaber die Rechte aus der Provision geltend machen will, und daher dem Bezogenen die befreiende Zahlung an den Aussteller verbietet.³ Nicht genügen würde, daß der Wechselinhaber den Wechsel zur Annahme vorlegt und nach Weigerung des Bezogenen wegen fehlender Annahme zu Protest gibt.⁴

Da der Wechselinhaber die Wahl hat zwischen dem Anspruch aus dem Wechsel und dem aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, würde ein solches Vorgehen des Wechselinhabers seine Absicht nicht genügend klar machen. Der Wechselprotest mangels Annahme könnte auch als Beginn der Geltendmachung der Ansprüche gegen die übrigen Wechselunterzeichner angesehen werden.⁵

Weit höhere Anforderungen stellt nunmehr Lescot, der seine im Lehrbuch vertretene Meinung⁶ geändert hat und als einzig sichere Methode, vor der Annahme des Wechsels die zugrundeliegende Forderung zu immobilisieren, die Pfändung der zugrundeliegenden Forderung ansieht.⁷ Damit befindet er sich aber in Widerspruch

1 Eine solche Pfändung wäre zeitraubend und hätte auch den Nachteil, daß andere Gläubiger des Ausstellers Rechte geltend machen könnten und dadurch den Anspruch des pfändenden Gläubigers vermindern könnten. Der erstpfändende Gläubiger hat nämlich im französischen Recht kein Vorrecht gegenüber den übrigen Gläubigern. Vgl. JCl.Proc.civ.Art.578-579.Nr.17.

2 Req.1.6.1858, S.1858.I.807; Roussau in Anm.zu civ.18.1.1937; S.1937.I.89; Lescot et Roblot Nr.396 u.402; Toujas I, Nr.123; François, S.89.

3 Goré D.1964, 728.

4 so Toujas, I, Nr.123.

5 So war es in dem Fall, der Lescot Anlaß zu einem Meinungswechsel in der Frage gibt: Der Wechselnehmer hatte den Wechsel dem Bezogenen zur Annahme vorgelegt, der die Annahme unter Hinweis auf seine Vertragsbedingungen mit dem Aussteller verweigerte. Daraufhin bestand der Wechselinhaber nicht weiter auf Annahme und gab den Wechsel auch nicht zu Protest, sondern bat nur um Bestätigung der Zahlung zum im Wechsel angegebenen Termin. Nach Ansicht des Gerichtes genügte das nicht, um die Forderung zu Gunsten des Wechselinhabers zu immobilisieren. Paris, 14.4.1964, JCP 1965, Nr.14065.

6 Lescot et Roblot Nr.396 u.402.

7 vgl. die Anm. zu Paris, 14.4.1964, a.a.O..

zur ganzen Provisionsdoktrin, die versucht, dem Wechselinhaber eine möglichst weitgehende Sicherheit auf einfachste Weise zu gewähren. Da die Pfändung der Forderung kompliziert ist, wie Lescot in der gleichen Anmerkung zugibt, muß bezweifelt werden, ob sie das geeignete Mittel ist, auf schnelle Weise dem Wechselinhaber Sicherheit zu verschaffen.

Andererseits kann sich der Aussteller durch die Klausel "non acceptable" jede Verfügung über die die Provision bildende Forderung bis zur Fälligkeit des Wechsels vorbehalten. In diesem Fall geht die Provision nicht durch die Übertragung des Wechsels auf den jeweiligen Wechselinhaber über, sondern bleibt bis zur Wechselfälligkeit beim Aussteller. Dieses ist jedenfalls die h. M. in Rechtsprechung und Lehre.¹ Zum gleichen Ergebnis, nur mit einer anderen Begründung, kommen Hamel-Lagarde-Jauffret;² Der Aussteller habe durch die Klausel nur vermeiden wollen, daß seine Geschäftsbeziehungen mit dem Bezogenen durch die Annahme allen bekannt würden.

IV. Rechte des Wechselinhabers an der Provision gegenüber pfändenden Gläubigern des Ausstellers und in dessen Konkurs

Durch die Übertragung des Wechsels auf den Wechselinhaber ist die zugrundeliegende Forderung zumindest gegenüber den Gläubigern des Ausstellers aus dem Vermögen des Ausstellers herausgenommen und unterliegt nicht mehr den Pfändungen der Gläubiger des Ausstellers. Pfändungen der Gläubiger des Ausstellers sind gegenüber dem Wechselinhaber wirkungslos, auch wenn der Wechsel noch nicht angenommen worden ist.³ Auch im Konkurs des Ausstellers

1 Cass.civ.2.3.1857,S.1857.1.510; Nîmes 15.4.1855,D.1855.2.215; S.1855.2.488; Lescot et Roblot Nr.410; Lacour et Bouteron II, Nr.1245.

2 Hamel-Lagarde-Jauffret Nr.1423.

3 Civ.19.11.1850,S.1851.1.20; 15.12.1856,S.1858.1.801; Montpellier,21.3.1951,Rev.trim.dr.com.1951,549;Trib.com.Seine,12.12.1952,S.1953.2.80; Hamel-Lagarde-Jauffret Nr.1423;Ripert,Nr.2088.

hat nur der Wechselinhaber ein Recht an der die Provision bildenden Forderung; der Konkursverwalter ist nicht berechtigt, die Forderung gegen den Bezogenen geltend zu machen, selbst wenn der Wechsel noch nicht angenommen worden ist.¹

Das ergibt sich heute aus Art. 116 i.V.m. Art. 475 C.com.: Durch den Konkursöffnungsbeschluß werden gem. Art. 475 C.com. die Schulden des in Konkurs Gefallenen fällig. Da bei einem nicht angenommenen Wechsel der Aussteller Hauptschuldner des Wechsels ist, wird auch die Wechselschuld mit der Konkursöffnung fällig. Mit Fälligkeit des Wechsels steht aber gem. Art. 116 C.com. dem Wechselinhaber die Provision zu.²

Gem. Art. 477 Ziff. 2 C.com. sind nicht wirksam gegenüber der Konkursmasse alle Zahlungen auf nicht fällige Forderungen, die nach dem vom Gericht festgestellten Zeitpunkt der Zahlungseinstellung oder während der 14 vorhergehenden Tage, der sog. "période suspecte" erfolgt sind. Fraglich ist, ob die während dieser Zeit entstandene Provision dem Wechselinhaber gehört. Die Rechtsprechung unterscheidet hierbei nach dem Datum der Wechselausstellung und der Entstehung der Provision.

Ist die Provision spätestens bei Wechselausstellung entstanden, so stellt die Wechselausstellung eine normale Zahlung dar und der Wechselnehmer hat wie auch sonst ein Recht an der Deckung.³

Ist dagegen die Provision erst nach Wechselausstellung und in der sog. "période suspecte" entstanden, so ist das Recht des Wechselinhabers auf die Provision nicht wirksam gegenüber der Masse.⁴

1 Civ. 18.1.1937, S. 1937.1.89, Anm. Rousseau; civ. 20.8.1873, D. 1873.1.459; Req. 21.5.1884, D. 1884.1.291; Paris, 28.1.1931, Gaz. Pal. 1931.2.95; civ. 2.7.1883, S. 1885.1.64; 20.4.1854, D. 1854.1.305, 306; Percey et Bouteron I. Nr. 45. Dieser Fall hatte der Rechtsprechung als Ausgangspunkt dafür gedient, dem Wechselinhaber ein Recht an der zugrundeliegenden Forderung zuzusprechen; zur Entwicklung der Rechtsprechung: Voegeli, S. 127 ff.,

2 Lescot et Roblot Nr. 400; Thaller, Nr. 1453; Hirsch, S. 63; Feibelmann, S. 42.

3 Civ. 20.6.1854, D. 1854.1.305; civ. 20.8.1873, D. 1873.1.459; Civ. 16.6.1809, D. 1909.1413, Anm. Thaller; S. 1910.1.5 Anm. Lyon-Caen.

4 Civ. 31.12.1894, D. 1895.1.413, Anm. Thaller; Req. 10.3.1939, S. 1939.286; Bordeaux, 28.6.1960, D. 1961.182, Anm. A.L.; a.A.: Toulon, 11.3.1929, JCP 1929.692.

Begründet wird dieses Ergebnis von der h.M. damit, daß der Aussteller, indem er vor Wechselfälligkeit für Provision Sorge, eine noch nicht fällige Schuld erfülle und damit der Tatbestand des Art.477 Ziff.2 C.com. gegeben sei;¹ nach Ripert-Roblot² liegt die Bestellung einer Sicherheit für eine schon bestehende Forderung vor, was aber auch unter Art.477 Ziff.2 C.com. fällt. Dagegen, daß die Voraussetzungen des Art.477 Ziff.2 C.com. gegeben sind, spricht aber: Die Verpflichtung des Ausstellers, für Provision zu sorgen, besteht seit Wechselausstellung und man kann nicht sagen, daß der Wechselaussteller vor Wechselfälligkeit eine noch nicht fällige Forderung erfülle. Nach dem Gesetz hat der Aussteller dafür zu sorgen, daß spätestens bei Wechselfälligkeit Provision vorhanden ist.³

Soweit argumentiert wird, der Übergang der Provision setze ihr Bestehen am Tage der Wechselausstellung voraus, steht das im Widerspruch zur ganzen Provisionsdoktrin, weil die Provision als eine Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen bei Wechselfälligkeit definiert wird. Richtiger und konsequenter erscheint daher, Art.116 Abs.3 C.com. in jedem Fall anzuwenden und dem Wechselinhaber ein Recht an der Provision auch dann zuzusprechen, wenn diese während der "période suspecte" entstanden ist.⁴ Es wäre allenfalls zu untersuchen, ob nicht die Wechselausstellung und -übertragung selbst unter Art. 477 Ziff.2 C.com. fallen.

Im Konkurs des Bezogenen kann auch bei einem nicht akzeptierten Wechsel nur der Wechselinhaber, nicht der Aussteller, ein Recht an der Provision geltend machen.⁵ Allerdings muß er sich mit einer quotenmäßigen Abfindung im Konkurs des Bezogenen begnügen, kann sich aber für die restliche Forderung an den Aussteller oder die übrigen Wechselgaranten halten.

1 Bordeaux 28.6.1960, D.1961; Lescot et Roblot, S.432; Anm.2.

2 Ripert-Roblot Nr.2184.

3 Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr.1423.

4 Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr.1423.

5 Civ. 24.1.1912, S.1817.1.121; Voegeli, S.195.

V. Das Recht an der Provision vor Immobilisierung derselben zu Gunsten des Wechselinhabers

Die umstrittenste Frage der sog. Provisionsdoktrin ist, wem gegenüber der Bezogene zur Zahlung berechtigt bzw. verpflichtet ist, wenn er den Wechsel (noch) nicht angenommen hat und auch vom Wechselinhaber kein Verbot der Zahlung an den Aussteller erhalten hat.

Die h.M. in Rechtsprechung¹ und Literatur² geht dahin, daß der Aussteller bis zur Annahme oder dem Verbot durch den Wechselinhaber, an den Aussteller zu leisten, berechtigt ist, die Provision zurückzuziehen, indem er vom Bezogenen Bezahlung seiner Forderung verlangt. Das wird damit begründet, daß eine Immobilisierung der Forderung den Handelsgeschäften des Ausstellers mit dem Bezogenen schaden würde.³ Eine solche Immobilisierung würde sogar eintreten, ohne daß der Bezogene davon weiß.⁴ Außerdem sei der Aussteller auch nur verpflichtet, bei Wechselfälligkeit für Provision zu sorgen.

Auch die Gegenmeinung⁵ läßt aus praktischen Gründen zu, daß der Bezogene vor der Annahme der Wechsel und vor dem Verbot der Zahlung durch den Wechselinhaber mit befreiender Wirkung an den Aussteller leisten kann. Ihr Argument gegen diese Lösung ist nur ein logisches: es sei mit der Idee des Übergangs der Provision von Rechts wegen auf den jeweiligen Wechselinhaber logisch nicht vereinbar, dem Aussteller nach der Wechselbegebung noch das Recht zuzuerkennen, die Provision einzuziehen.

Dem läßt sich aber entgegenhalten, daß der Gesetzgeber die Provision als die bei Wechselfälligkeit vorhandene Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen definiert. Nur an dieser eventuellen Forderung gewährt das Gesetz dem Wechselinhaber ein

1 Civ.11.5.1853, D.1853.1.142; Paris,14.4.1964,D.1964,725,Anm. Goré; JCP 1965.2.14065,Anm.Lescot; a.A.:civ. 2.7.1883,D.1884.1.272;Trib.com.Toulon,11.3.1929,JCP 1929.692.

2 Lescot et Roblot Nr.389; Percerou et Bouteron,S.44; a.A.: Hamel-Lagarde-Jauffret,Nr.1423.

3 Lescot et Roblot,Nr.395 u.399; Goré,D.1964,S.728.

4 Percerou et Bouteron,S.44.

5 Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr.1423.

Recht. Im übrigen kann der Wechselinhaber durch Vorlegung des Wechsels zur Annahme oder durch ein Zahlungsverbot sein eventuelles Recht in ein sicheres verwandeln.

Es erscheint daher unnötig, eine Immobilisierung mit der Wechselausstellung eintreten zu lassen.

VI. Rechte an der Provision bei mehreren Wechseln

Als letztes bleibt zu untersuchen, welche Rechte den einzelnen Wechselinhabern an der Provision zustehen, wenn der Aussteller mehrere Wechsel auf einen Bezogenen ausgestellt hat, und die Provision nicht ausreicht, alle Wechselinhaber zu befriedigen.

Diejenigen Wechselinhaber, deren Wechsel angenommen worden sind, mit denen der Aussteller eine "affectation spéciale" vereinbart hat, oder die dem Bezogenen verboten haben, an den Aussteller zu leisten, werden vor denjenigen befriedigt, die nur einen nicht angenommenen oder nicht akzeptierbaren Wechsel besitzen.¹

Innerhalb der jeweiligen Gruppe werden die Wechselinhaber nach der Regel: *prior tempore, potior iure*, befriedigt.²

4. Kapitel: Theoretische Begründung der Provisionsdoktrin

Werden die in den aufgezählten Fällen erzielten Ergebnisse fast einhellig von der Rechtsprechung und Rechtslehre gebilligt, so gehen die Meinungen, wie diese Ergebnisse theoretisch zu begründen sind, sehr auseinander.

Drei Theorien haben im wesentlichen versucht, das Recht des Wechselinhabers an der Provision zu erklären.

¹ Rouen, 24.4.1845, S.1847.2.65; Nîmes, 18.4.1855, S.1855.2.488; Rouen, 15.1.1857, S.1857.2.566; Lescot et Roblot, Nr. 415.
² civ. 2.3.1857, D.1857.1.519; S.1857.1.520; Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1423.

Boistel, Lyon-Caen und Renault und Lescot und Roblot wollen das Recht des Wechselinhabers mit der Abtretung der zugrundeliegenden Forderung an den Wechselnehmer und dessen Rechtsnachfolger begründen.¹

Thaller² sieht in der Wechselziehung eine "délégation"³ des Bezogenen für den Aussteller gegenüber dem Wechselnehmer.

Wahl⁴ dagegen versucht das Recht des Wechselinhabers mit einem "Privileg"⁵ - Recht auf vorzugsweise Befriedigung, wie es das Pfandrecht z.B. gewährt - zu erklären. Dieser Theorie kommt die von François⁶ vertretene sehr nahe, die dem Wechselinhaber ein Pfandrecht an der zugrundeliegenden Forderung zuerkennt.

Im Grunde haben aber alle diese Theorien nicht vermocht, den Widerspruch zu erklären, der darin besteht, daß dem Wechselinhaber mit der Ausstellung des Wechsels ein mehr oder weniger starkes Recht an der zugrundeliegenden Forderung zuerkannt wird, und der Aussteller gleichzeitig das Recht behalten soll, dieselbe Forderung einzuziehen.

Die Provisionsdoktrin scheint auch durch keine der bekannten Institutionen des französischen Privatrechts erklärbar zu sein. Sie ist in der Praxis entwickelt und vom Gesetzgeber 1922 übernommen worden.⁷ So sprechen z.B. Hamel-Lagarde-Jauffret davon, daß sich die Abtretung der zugrundeliegenden Forderung nach besonderen Regeln vollziehe, die sich aus der Notwendigkeit der Praxis ergäben.⁸

1 Boistel, Nr. 519; Lyon-Caen et Renault, IV. Nr. 180; Lescot et Roblot Nr. 401.

2 Thaller, Nr. 1444.

3 "délégation" wird vielfach mit "Auftrag zur Leistung erfüllungshalber oder an Erfüllungs Statt" übersetzt, vgl. Doucet, Wörterbuch der Deutschen und Französischen Rechtssprache. Sie wird in den Art. 1275, 1276 C. civ. geregelt und ist der kumulativen bzw. privaten Schuldübernahme zu vergleichen.

4 Wahl, Nr. 1950.

5 "privilegé" ist das in den Art. 2095 ff. C. civ. geregelte Recht auf vorzugsweise Befriedigung, wie es das Pfandrecht bzw. die Hypothek bei Grundstücken gewährt.

6 François, S. 224.

7 Lyon-Caen et Renault IV, Nr. 184; Lescot et Roblot, Nr. 80; Hamel-Lagarde-Jauffret, Nr. 1422; François, S. 79; Adatto, S. 87.

8 Hamel-Lagarde-Jauffret, a. a. O..

Daher soll hier nicht versucht werden, das Für und Wider der einzelnen Theorien zu erörtern oder gar eine neue aufzustellen. Vielmehr soll die Grundidee herausgearbeitet werden, von der sich die Rechtsprechung bei der Entwicklung der Provisionsdoktrin hat leiten lassen, und die die erzielten Ergebnisse als logisch und sinnvoll erscheinen läßt.

I. Die Entwicklung der Provisionsdoktrin in der Rechtsprechung

Die Entwicklung der Provisionsdoktrin, aufgezeichnet anhand der Entscheidungen der französischen Rechtsprechung seit 1807 bis 1922, d.h. bis zur Übernahme der Provisionsdoktrin durch den Gesetzgeber¹, macht deutlich, daß die Gerichte bemüht waren, die zugrundeliegende Forderung dem Wechselinhaber als Sicherheit vorzubehalten. Zu diesem Zweck haben sie versucht, die Vereinbarungen der Parteien entsprechend zu interpretieren.

(1) Der Code de Commerce enthielt nämlich noch im Jahre 1907 keine Regelung bezüglich der Provision, sondern sprach nur davon, daß das Eigentum am Wechsel mit dem Indossament übergeht.² Aus dem Schweigen des Gesetzes schloß die Rechtsprechung, daß die Parteien den Übergang der Provision auf den Wechselinhaber vor Wechselfälligkeit nicht vereinbaren können. Allerdings wurde eine Vereinbarung über die Provision dahin interpretiert, daß der Wechselinhaber im Falle des Konkurses des Ausstellers ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung haben sollte.³ Diese Vereinbarung brauchte nicht im Wechsel selbst enthalten zu sein. Es genügte, wenn der Wille der Parteien z.B. klar aus ihrem Schriftwechsel hervorging. Hieraus leitet man heute noch die "affectation spéciale" ab.

1 Exposé des motifs de la proposition de loi présentée par M. Louis Dubois à la Chambre des Députés le 12.mars 1914, JO doc. parl.(Chambre) 1914, S. 1423.

2 Einzelheiten: Voegeli Nr.93 bis, S. 165.

3 Civ. 15.12.1856, D.1856.1.445; S.1858.1.801 mit Anm.; Civ.17.8.1859; D.1859.1.347; Civ.24.1.1860, D.1860.1.71; S.1860.1.789 mit Anm..

(2) Das System der Parteivereinbarungen genügte jedoch den Anforderungen der Praxis nicht, da es stets den Ablauf einer gewissen Zeitspanne voraussetzt, während der der Aussteller in Konkurs gefallen sein konnte. Die Rechtsprechung entschied daher, daß eine solche Vereinbarung zumindest stillschweigend in der Annahme des Wechsels durch den Bezogenen gesehen werden müsse.¹ Von der Annahme an hat daher der Wechselinhaber ein ausschließliches Recht an der Provision.

(3) Aber auch das genügte noch nicht, denn oft weigerte sich der Bezogene anzunehmen, um den strengen Regeln des Wechselrechts zu entgehen. Der nächste Schritt der Rechtsprechung war daher, dem Wechselinhaber ein besonderes Recht an der Provision zuzusprechen, ohne daß eine besondere Vereinbarung oder gar Annahme des Wechsels vorlag. Die "affectation spéciale" wurde aus den Umständen der Parteivereinbarungen oder kurz aus der Tatsache der gewöhnlichen Wechselübertragung hergeleitet.²

Vom Recht auf vorzugsweise Befriedigung bis zu der Feststellung, daß der Wechselinhaber "Eigentümer"³ der Provision geworden ist, war es nur noch ein kleiner Schritt, den auch verschiedene Gerichte am Ende des 19. Jahrhunderts gemacht haben.⁴

(4) Gleichzeitig waren die Gerichte aber gezwungen, eine Ausnahme von diesem Prinzip zu machen, denn es störte die Kaufleute, wenn sie, um einen Kredit mittels Diskont zu erhalten, die Provision festlegen mußten und ihre Handelsbeziehungen mit dem Bezogenen beeinträchtigten. Daher entschied die Rechtsprechung, daß der Aussteller die freie Verfügung über die Provision bis zur Wech-

1 Siehe die in D.Rep., Effets de commerce Nr.226,228 wiedergegebenen Entscheidungen.

2 Cass.19.11.1850,S.1851.1.20; Cass. 2.7.1883,D.84.1.272; Req.7.11.1905,D.1906.1.413; Voegeli, Nr.99-107, insbesondere Nr.104 (S.180-188).

3 Das Gesetz spricht zwar in Art. 116 Abs.3 vom "Eigentum an der Provision" (la propriété de la provision), doch ist damit die Inhaberschaft gemeint.

4 Rouen,20.8.1845,D.1846.2.108; Douai,4.12.1897,D.1900.2.234; Limoges, 16.7.1898,D.1901.2.318.

selfälligkeit behalten solle, wenn er den Wechsel für "non acceptable" erklärte.¹

(5) Schließlich brauchte der Wechsel nicht einmal mehr für nicht akzeptierbar erklärt zu werden. Dafür konnte der Wechselinhaber die Provision zu seinen Gunsten festlegen, indem er dem Bezogenen die Zahlung an den Aussteller verbat.²

II. Begründung der heutigen Ergebnisse

Das von der Rechtsprechung bei der Entwicklung der Provisionsdoktrin verfolgte Ziel, dem Wechselinhaber größtmögliche Sicherheit für die Bezahlung des Wechsels zu geben, um auf diese Weise das Vertrauen in den Wechsel als Kreditinstrument zu stärken,³ wird auch heute noch als erstrebenswert angesehen. Die von der Rechtsprechung entwickelte Provisionsdoktrin wird von der Rechtslehre gebilligt, weil sie wünschenswerte Ergebnisse ermöglicht.

Die Rechtsprechung gelangt zu dem erstrebten Ziel durch eine sehr weitgehende Interpretation des Wechselversprechens des Ausstellers: Dieser verspricht gegenüber dem Wechselnehmer, für Annahme und Bezahlung des Wechsels durch den Bezogenen zu sorgen.

Der Bezogene wird aber normalerweise den Wechsel nur annehmen und bezahlen, wenn er bei Fälligkeit Schuldner des Ausstellers ist. Die zugrundeliegende Forderung erhöht also die Aussicht auf die Bezahlung des Wechsels. Daher ist es sinnvoll, die Forderung aus dem Vermögen des Ausstellers gewissermaßen herauszuschälen und dem Wechselinhaber ein Recht an ihr zuzugestehen, insbesondere, wenn der Bezogene sich noch nicht unmittelbar gegenüber dem Wechselinhaber verpflichtet hat.⁴

¹ Civ.2.3.1857,D.1857.1.119; S.1857.1.510; Lacour et Bouteron, II, Nr. 1245; a.A.: Arminjon et Carry, Nr.68.

² Civ.15.12.1856,D.1856.1.445;S.1858.1.801; Civ.12.8.1859,D.1859.1.347.

³ Lyon-Caen et Renault IV, Nr.184; Lescot et Roblot,Nr.80;Hamel-Lagarde-Jauffret Nr.1422; François,S.79; Adatto,S.87.

⁴ Voegeli, S.169 ff.; Tardon, S.186; Lescot et Roblot,Nr.362, 380, 394; Boistel,Nr.773.

Im Normalfall genügt es aber, daß der Wechselinhaber bei Wechsel-fälligkeit ein Recht an der zugrundeliegenden Forderung hat.¹ Art.116 C.com. gibt dem Wechselinhaber daher ein Recht an der bei Wechselfälligkeit vorhandenen Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen.

Das Garantieverprechen des Ausstellers muß weiter dahin interpretiert werden, daß er auch damit einverstanden ist, daß der Wechselinhaber sich schon vor Fälligkeit des Wechsels die zugrundeliegende Forderung sichert, falls eine solche vorhanden ist.² Der Wechselinhaber kann daher dem Bezogenen verbieten, eine befreiende Zahlung an den Aussteller zu leisten.

Ebenso kann der Wechselnehmer bei der Wechselausstellung mit dem Aussteller vereinbaren, daß eine zu diesem Zeitpunkt bestehende Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen für die Bezahlung des Wechsels bestimmt wird; das ist der Fall der sog. "affectation spéciale".

Erst recht muß die zugrundeliegende Forderung aus dem Vermögen des Ausstellers ausscheiden und dem Wechselinhaber zustehen, wenn sich der Bezogene durch Annahme des Wechsels gegenüber dem Wechselinhaber verpflichtet hat zu zahlen. Dieses Zahlungsverprechen gibt der Bezogene im allgemeinen nur ab, weil er Schuldner des Ausstellers ist. Es bleibt den Parteien überlassen, auch das Gegenteil zu vereinbaren. So kann der Wechsel für nicht akzeptierbar erklärt werden, was bedeuten soll, daß der Aussteller sich die freie Verfügungsbefugnis über die zugrundeliegende Forderung bis zur Wechselfälligkeit vorbehält.

Da der Aussteller dem Wechselnehmer versprochen hat, bei Fälligkeit des Wechsels für Zahlung zu sorgen, muß der Wechselinhaber gegen pfändende Gläubiger des Ausstellers geschützt werden. Wollen Gläubiger des Ausstellers die Forderung, die der Bezahlung des Wechsels dienen soll, pfänden, so ist das gegenüber dem Wechselinhaber unwirksam.

1 Ripert, II.Nr.2034.

2 Lescot et Roblot, Nr.402.

Zusammenfassung:

Der Wechselinhaber hat gem. Art. 116 Abs. 3 C.com. ein Recht an der bei Fälligkeit des Wechsels vorhandenen Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen. Dieses eventuelle Recht kann entsprechend dem Willen der Parteien in ein sicheres Recht an einer schon vor Wechselfälligkeit vorhandenen Forderung durch entsprechende Willensäußerung der Parteien - Vorlage zur Annahme durch den Bezogenen, Verbot der befreienden Zahlung, "affectation spéciale" - umgewandelt werden. Jedenfalls genügt dieses eventuelle Recht, Pfändungen der Forderungen durch die Gläubiger des Ausstellers dem Wechselinhaber gegenüber wirkungslos zu machen.

6. Teil

1. Kapitel: Vergleich der Ergebnisse der Kreditsicherungsformen im deutschen und französischen Recht

I. Gegenüberstellung der Ergebnisse der Sicherungsabtretung mit denen der Provisionsdoktrin und der Verpfändung im französischen Recht

Vergleicht man die wesentlichen Merkmale der Sicherungsabtretung mit denen der Verpfändung im französischen Recht und den Ergebnissen der Provisionsdoktrin, so kommt man zu folgenden Feststellungen:

1. Zweck der Sicherungsabtretung ist, eine Forderung durch eine andere Forderung sicherzustellen, so daß die Forderung gegen den Drittschuldner neben die Forderung gegen den Zedenten tritt und diese verstärkt. Die Forderung des Zedenten an den Drittschuldner wird aus dem Vermögen des Zedenten herausgenommen, soweit es der Sicherungszweck erfordert, und in das Vermögen des Zessionars überführt, um der Forderung des Zessionars gegen den Zedenten einen Rückhalt und ihm die Berechtigung zu geben, sich aus der abgetretenen Forderung für und in Höhe seines Anspruches zu befriedigen.

Den gleichen Sicherungszweck verfolgt im französischen Recht die Verpfändung der Forderung, wobei aber die sichernde Forderung gegen den Drittschuldner - wie beim deutschen Pfandrecht - nicht ganz aus dem Vermögen des Pfandschuldners in das des Pfandgläubigers überführt wird; der Pfandschuldner bleibt - wie beim deutschen Pfandrecht - Inhaber der Forderung. Die sichernde Forderung wird nur zur Befriedigung des Pfandgläubigers im Vermögen des Pfandschuldners festgelegt. Sie unterliegt nicht mehr allein der Verfügung des Pfandschuldners und dem Zugriff der übrigen Gläubiger desselben.

Dagegen entspricht die Provisionsdoktrin in diesem Punkt fast ganz der Sicherungsabtretung: Die dem Wechsel zugrundeliegende Forderung wird mit der Übertragung des Wechsels aus dem Vermögen des Ausstellers (Zedenten) herausgenommen und in das des Wechselinhabers übertragen.¹ Die zugrundeliegende Forderung wird also bei der Provisionsdoktrin als Garantie für die Bezahlung des Wechsels übertragen.

2. Die Sicherungsabtretung hat im allgemeinen einfache und klare Wirksamkeitsvoraussetzungen. Es ist eine schnelle und einfache Abwicklung des Rechtsgeschäftes durch bloße Einigung der Parteien über den Übergang der Forderung möglich. Auch hier besteht weitgehende Übereinstimmung mit der Provisionsdoktrin: die zugrundeliegende Forderung wird mit der Wechselforderung übertragen; nach französischem Recht geht durch das Indossament gleichzeitig auch die zugrundeliegende Forderung über. Insoweit genügt nicht die bloße Einigung der Parteien, sondern es muß das Indossament hinzukommen. Aber dieses "Formerfordernis" bedeutet noch immer eine Vereinfachung gegenüber den Voraussetzungen der Abtretung bzw. Verpfändung der Forderung im französischen Recht.

Die hierfür erforderliche Schriftform, die Übergabe der über die Forderung ausgestellten Urkunde und - erforderlich zumindest für

1 Die Möglichkeit des Ausstellers, die Provision bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückzuziehen, muß hier außer Betracht bleiben. Man kann insoweit eine Parallele ziehen zur Einziehungsermächtigung des Zedenten bei der Sicherungsabtretung.

die Wirksamkeit gegenüber Dritten - die Benachrichtigung des Drittschuldners komplizieren die Bestellung der Sicherheit und bewirken, daß die Verpfändung nur bei bestimmten Forderungen - gegen den Staat und die öffentlich-rechtlichen Körperschaften in der Hauptsache - verwendet wird.

3. Die Art der Bestellung hat darüber hinaus auch wesentlichen Einfluß auf den jeweiligen Anwendungsbereich der Sicherungsform, nämlich auf die Beantwortung der Frage, welche Forderungen zur Sicherungsbestellung geeignet sind.

Die Sicherungsabtretung hat ein weites Anwendungsgebiet, da grundsätzlich alle Forderungen abtretbar sind. Insbesondere die Möglichkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen, deren Schuldner noch unbekannt ist, hat den Anwendungsbereich der Sicherungsabtretung erheblich erweitert. Eine Einschränkungsmöglichkeit hat die Praxis in dem Ausschluß der Abtretbarkeit durch Parteivereinbarungen gefunden.

Einen wesentlich kleineren Anwendungsbereich hat die Verpfändung von Forderungen im französischen Recht. Wie im deutschen Recht bei der Abtretung ist die Verpfändung von an eine bestimmte Person gebundenen Forderungen im französischen Recht nicht möglich.

Wesentlich hinderlicher für die häufigere Verpfändung von Forderungen ist aber die Stellung der französischen Rechtsprechung zur Verpfändbarkeit zukünftiger Forderungen. Eine Verpfändung ist nicht möglich, solange die Forderung nicht entstanden ist. Da die Anzeige der Verpfändung der Forderung an den Drittschuldner wenigstens für die Wirksamkeit gegenüber Dritten notwendig ist, können zukünftige Forderungen i.e.S. nicht verpfändet werden. Darüberhinaus war und ist die Rechtsprechung der einzelnen Gerichtshöfe nicht einheitlich bezüglich der Verpfändung solcher zukünftiger Forderungen, für die zwar schon ein Grund gelegt ist, zu deren Entstehen aber noch z.B. die Ausführung des Vertrages von seiten des Schuldners hinzukommen muß. Insgesamt gesehen ist die französische Rechtsprechung bezüglich der Verpfändung zukünftiger Forderungen i.e.S. oder bedingter Forderungen sehr schwankend und engt damit in der Praxis die Anwendung der Verpfändung als Sicherungsform ein.

Einen etwas größeren Anwendungsbereich, der aber nicht dem der Sicherungsabtretung gleichkommt, hat die Provisionsdoktrin. Mit den oben¹ gemachten Einschränkungen muß die die Provision bildende Forderung bei Fälligkeit des Wechsels liquide und darf nicht mit einer Einrede behaftet sein. Hervorzuheben ist aber dabei, daß diese Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Wechselmäßigkeit, nicht bei der Wechselausstellung gegeben sein müssen. Dieser Umstand macht die Verwendung auch zukünftiger Forderungen möglich, wenigstens soweit der Schuldner dieser zukünftigen Forderung bekannt ist; denn nur unter dieser Bedingung kann auf diesen ein Wechsel gezogen werden. Es handelt sich aber immer noch um künftige Forderungen i.e.S., d.h. Forderungen, deren Entstehen in der Zukunft liegt; denn das Entstehen der als Provision dienenden Forderung kann bis zur Wechselmäßigkeit hinausgeschoben werden.

Der Anwendungsbereich der Provisionsdoktrin ist insoweit enger als der der Sicherungsabtretung, als der Bezogene bei Wechselziehung schon bekannt sein muß.

Außerdem können nur Geldforderungen zur Sicherung verwendet werden. Darin besteht ebenfalls ein wichtiger Unterschied zur deutschen Sicherungszession, bei der auch andere als Geldforderungen der Sicherung dienen können.

Auf der anderen Seite ist theoretisch eine Beschränkung in der Verwendung bestimmter Forderungen - wie im deutschen Recht durch den vertraglichen Ausschluß der Abtretbarkeit - im Wege einer Vereinbarung zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen nicht möglich. Der Aussteller kann auch gegen den Willen des Bezogenen auf diesen einen Wechsel ziehen. Der Bezogene kann sich zwar unter bestimmten Umständen weigern, den Wechsel anzunehmen² und damit den Wechsel für den Aussteller und den Wechselnehmer in der Praxis wertlos machen oder den Wert erheblich herabsetzen; dennoch geht mit der Übertragung des Wechsels die Provision auf den Wechselnehmer über.

1 s.S. 87 f..

2 s.S. 88 f..

4. Die Abtretung der Forderung kann im deutschen Recht ohne Wissen des Drittschuldners erfolgen. Die Benachrichtigung des Drittschuldners ist nur für die Ausübung der abgetretenen Rechte erforderlich, denn nach § 410 Abs.1 S.1 BGB ist der Schuldner dem neuen Gläubiger zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet, es sei denn, der bisherige Gläubiger hat dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt.¹

Die Benachrichtigung ist aber wichtig für die Frage, ob der Drittschuldner noch mit befreiender Wirkung an den Zedenten leisten kann.

Zum gleichen Ergebnis kommt die Provisionsdoktrin. Zum Übergang der Provision auf den Wechselinhaber ist keine Benachrichtigung des Bezogenen erforderlich. Der Bezogene braucht erst von der Wechselziehung zu erfahren, wenn der Wechselinhaber die Bezahlung der Wechselforderung verlangt.

Allerdings bringt ein Unterlassen der Benachrichtigung auch erhebliche Gefahren und Unsicherheit für den Sicherungsnehmer (Wechselnehmer-Zessionar) mit sich. Der Bezogene bzw. Drittschuldner kann in der Zwischenzeit an den ursprünglichen Gläubiger (Zedenten bei der Sicherungsabtretung, Aussteller bei der Provisionsdoktrin) befreiend gezahlt haben. Daher ist nach französischem und deutschem Recht möglich, die sichernde Forderung beim Drittschuldner zu Gunsten des Sicherungsnehmers festzulegen. Bei der Sicherungsabtretung geschieht das durch eine einfache Benachrichtigung des Drittschuldners von der Abtretung, denn nach § 407 Abs.1 BGB ist dem Drittschuldner eine befreiende Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger schon dann nicht mehr möglich, wenn er die Abtretung bei der Leistung gekannt hat.

Nach der Provisionsdoktrin genügt es, daß der Wechselinhaber dem Bezogenen - gleich in welcher Form (so die h.M.) - verbietet, an den Aussteller mit befreiender Wirkung zu zahlen.

1 § 410 Abs.2 BGB, siehe auch § 411 BGB.

Bei der Verpfändung taucht dieses Problem nicht auf, weil die Anzeige der Verpfändung an den Drittschuldner nach französischem Recht Wirksamkeitsvoraussetzung des Vorrechts des Pfandgläubigers ist.

5. Ein weiteres Merkmal der Sicherungsabtretung ist die leichte Austauschbarkeit der sichernden Forderung im Rahmen von Mantelverträgen oder Globalzessionen. Dadurch wird eine Immobilisierung der Forderungen vermieden, was gerade für den Kaufmann und Unternehmer von Interesse ist, der Inhaber vieler Forderungen von geringerem Wert ist. Das vor Fälligkeit des zu sichernden Kredits eingegangene Geld kann zu anderen Zwecken als der Sicherung und Abdeckung des gewährten Kredits verwendet werden.

Daß dieser Vorteil bei der Verpfändung von Forderungen im französischen Recht nicht gegeben ist, folgt einmal aus der komplizierten Bestellung des Pfandrechts. Es ergibt sich ferner aus der Tatsache, daß der Sicherungsgeber (Pfandschuldner) nach dem Gesetz nur zusammen mit dem Pfandgläubiger zur Einziehung berechtigt wäre. Die französische Praxis und die Rechtsprechung waren daher bemüht, dem Pfandgläubiger die Einziehung vor und nach der Fälligkeit der gesicherten Forderung zu ermöglichen. Das war aber nicht so leicht, weil bei der Verpfändung von Forderungen der Schutz des Pfandschuldners weit mehr im Vordergrund steht als bei der Provisionsdoktrin und der Sicherungsabtretung, die beide von und für die Praxis der Kaufleute und Unternehmer geschaffen wurden und daher auf Sicherheit und Schnelligkeit der Abwicklung des Rechtsgeschäftes abgestellt sind. So betrachtet das Gesetz z.B. die Einziehung der verpfändeten Forderung durch den Pfandgläubiger mit Argwohn, obwohl gerade die Einziehung durch den Pfandgläubiger eine schnelle Verwertung des Sicherungsrechtes ermöglicht.

Darüber hinaus ist heute die leichte Austauschbarkeit der verpfändeten Forderung nicht nötig, weil es sich meistens um dem Betrag nach bedeutendere Forderungen handelt; sie ist aber in vielen Fällen auch nicht möglich, weil Drittschuldner der Staat oder andere öffentliche Körperschaften sind.

In etwa die gleiche leichte Austauschbarkeit findet sich dagegen bei der Provisionsdoktrin wieder. Dem Aussteller wird bis zur Annahme des Wechsels oder bis zum Verbot der befreienden Zahlung durch den Wechselnehmer die Möglichkeit gelassen, bis zur Wechselfälligkeit die der Wechselziehung zugrundeliegende Forderung einzuziehen und durch eine andere zu ersetzen.

Im Zusammenhang damit ist die Einziehungsermächtigung bei der Sicherungsabtretung und die Möglichkeit der Einziehung durch den Aussteller vor Wechselfälligkeit bei der Provisionsdoktrin zu vergleichen. Beide dienen dazu, eine den HAndelsverkehr störende Immobilisierung der sichernden Forderung vor Fälligkeit der gesicherten Forderung zu verhindern.

Bei der Sicherungsabtretung ist darüber hinaus die Einziehungsermächtigung die konsequente Fortführung des Strebens nach Heimlichkeit der Abtretung und Vereinfachung des Sicherungsgeschäfts für den Kreditgeber, da er sich nicht um die Einziehung zu kümmern braucht.

Dieser Gedanke spielt aber gerade bei der Provisionsdoktrin keine Rolle; der Wechsel hat in Frankreich eine solch verbreitete Anwendung gefunden, weil er unter anderem die Einziehung der Forderung durch den Kreditgeber-WEchselnehmer - meistens eine Bank also, ermöglicht und auf diese Weise den Kreditnehmer-Wechselaussteller - hiervon entlastet.

6. Als letztes ist das Recht des Sicherungsnehmers bei Eintritt des Sicherungsfalles, also im Konkurs des Sicherungsgebers, oder bei der Einzelzwangsvollstreckung zu vergleichen. Auch hier ist eine weitgehende Übereinstimmung zwischen der Sicherungsabtretung und der Provisionsdoktrin festzustellen. Nach der h.M. hat im deutschen Recht der Zessionar die gleichen Rechte wie ein Vollrechtsinhaber, d.h. er ist bei der Einzelvollstreckung durch die Drittwiderspruchsklage geschützt. Im Konkurs hat er allerdings nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, was aber bei der Geldforderung genügt.

Der Wechselinhaber im französischen Recht ist als Sicherungsnehmer geschützt wie der Zessionar im deutschen Recht. Er gilt von der Wechselübertragung an als Inhaber der Provision. Auch im französischen Recht tritt also eine Vollrechtsübertragung ein, die im Konkurs des Sicherungsgebers konsequent beachtet wird: im Konkurs des Ausstellers steht die Provision dem Wechselinhaber zu.

II. Die Rechtfertigung der Vollrechtsübertragung von Forderungen zu Sicherungszwecken

Die Übereinstimmung des deutschen mit dem französischen Recht in dieser Frage mag ein Indiz für die Berechtigung der Vollrechtsübertragung von Forderungen zu Sicherungszwecken sein, die in Deutschland heftig bekämpft wurde.¹ Es sprechen aber auch andere Gründe für eine Vollrechtsübertragung der Forderungen. Die auf Geld gehenden Forderungen verwandeln sich bei Fälligkeit, sofern der Schuldner zahlt, in einen Geldbetrag, der zum Ausgleich der Kreditschuld verwendet werden kann. Demgemäß läßt das deutsche Recht in § 1282 BGB auch bei der Verpfändung von Forderungen zu, daß der Pfandgläubiger nach Pfandreife die Forderung einzieht, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, obwohl er nicht Inhaber der Forderung geworden ist.

Auch nach französischem Recht kann der Pfandgläubiger die verpfändete Forderung selbst einziehen und Befriedigung aus dem eingezogenen Betrag suchen.

Im französischen Recht wird die Parallelität zwischen der Vollrechtsinhaberschaft und der Verpfändung von Forderungen in der Praxis noch weiter unterstrichen durch den Sprachgebrauch: z.B. bedeutet "transfert de garantie" eine Verpfändung.

Aber auch die französische Rechtslehre und der Gesetzgeber streben eine Parallelität an, wie es in den Reformvorschlägen von 1938 zum Ausdruck kommt, und wie sie bei der "délégation de marché"² verwirklicht worden ist.

¹ Lehmann, Reform der Kreditsicherung, S.2 ff..

² vgl. oben S.49 f. •

Die Idee, eine Forderung nicht nur zur Sicherung, sondern auch zur Abdeckung des gewährten Kredits zu gebrauchen, liegt der Umwandlung einer Forderung in eine Wechselforderung zugrunde. Der Wechsel dient zur gleichen Zeit als Sicherungsmittel und als Zahlungsmittel, nämlich zur Abdeckung des durch die Diskontierung des Wechsels gewährten Kredites. Hervorzuheben ist hierbei, daß der durch die Diskontierung gewährte Kredit immer nur in Höhe der Wechselforderung erfolgt und damit dem aus dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft zu erwartenden Erlös entspricht.

Weniger deutlich tritt dieser "natürliche Deckungscharakter"¹ bei der Sicherungsabtretung zu Tage, wie sie heute in Deutschland üblich ist. Auch bei der Sicherungsabtretung ist eine Parallelität mit der Verpfändung festzustellen. Zwar wurde die Sicherungsabtretung gerade gewählt, um die Vorschriften für die Bestellung des Pfandrechts zu umgehen. Doch ist bei der Verwertung der Forderung sowohl im Fall der Verpfändung als auch im Fall der Sicherungsabtretung der Sicherungsnehmer berechtigt, die Forderung selbst einzuziehen. Auch wenn der Sicherungsnehmer bei der Sicherungsabtretung die Forderung als Inhaber einzuziehen darf, bleibt er dem Sicherungsgeber aufgrund des bestehenden treuhänderischen Rechtsverhältnisses Rechenschaft schuldig über die eingezogene Forderung. Er hat dem Sicherungsgeber die Beträge herauszugeben, die die gesicherte Forderung übersteigen, genau so wie der Pfandgläubiger nur soweit berechtigt ist, die verpfändete Forderung einzuziehen, wie es zu seiner Befriedigung erforderlich ist (§ 1282 Abs.1, S.2 BGB).

Die deutsche Rechtslehre will daher teilweise die Regeln des Pfandrechts auf die Verwertung der abgetretenen Forderungen anwenden, soweit keine besonderen Parteivereinbarungen vorliegen, weil die Interessenlage bei der Verpfändung und der Sicherungsabtretung insoweit gleich ist.¹

Der "natürliche Deckungscharakter" der Forderungen tritt nur dort deutlich hervor, wo eine enge Verbindung zwischen den gesicherten Darlehnsforderungen und den sichernden Forderungen besteht, so insbesondere bei der "délégation de marché"² und der Provisions-

1 vgl. oben S. 33.

2 vgl. oben S. 62.

doktrin. Aber auch bei der Sicherungsabtretung ist er erkennbar, wenn es zur Verwertung einzelner Forderungen kommt. Weniger deutlich ist er bei der Sicherungsabtretung eines Bündels laufender Forderungen im Rahmen eines Mantel- oder Globalzessionsvertrages, bei dem der gewährte Kredit die einzelnen sichernden Forderungen sowohl der Höhe nach als auch der Fälligkeit nach übersteigt. Normalerweise hat der Kreditnehmer die Pflicht, die vor dem Darlehn fällig werdenden Forderungen einzuziehen. Dazu wurde gerade die Einziehungsermächtigung geschaffen. Bei der Einziehung durch den Sicherungsgeber werden dem Sicherungsnehmer die sichernden Forderungen genommen - sie erlöschen durch Zahlung des Drittschuldners an den Sicherungsgeber -, ohne daß der Sicherungsnehmer unmittelbar den Erlös erhält.

Es darf aber nicht übersehen werden, daß der einziehende Kreditnehmer den Drittschuldner in der Regel den Geldbetrag auf ein Konto bei der kreditgebenden Bank überweisen läßt und die Bank auf Grund der mit dem Kreditnehmer geschlossenen Verträge oder der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Sicherungsrecht an diesem Guthaben erhält.¹

Außerdem wäre der Einziehungsermächtigte aus dem fiduziarischen Rechtsverhältnis, das durch die Einziehungsermächtigung zwischen ihm und dem Sicherungsnehmer begründet wird, verpflichtet, den eingezogenen Erlös an den Zessionar abzuführen.²

Auf dieses Rechtsverhältnis werden nämlich die Grundsätze des Auftragsrechts, also auch § 667 BGB, angewendet.

Dieser Pflicht des Sicherungsgebers, die eingezogenen Beträge dem Sicherungsnehmer zukommen zu lassen, steht auch nicht die Meinung des Bundesgerichtshofes entgegen, der Zedent sei, "solange er seine Geschäfte normal abwickelt, zur eigenen wirtschaftlichen Verwaltung und Verwertung der abgetretenen Forderung berechtigt."³ Die Betonung müßte auf dem Satz liegen: "solange er (der Zedent) seine Geschäfte normal abwickelt". Das bedeutet nämlich einmal, daß der Zedent den Bestand der sichernden For-

1 Vgl. die AGB der privaten Banken, Nr. 19, Hofmann, S. 633.

2 Serick, II § 25 I 2 b.

3 BGHZ 26, 185, 191, 192.

derungen auffüllt, wenn er zedizierte Forderungen einzieht; zum anderen, daß er seinen Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrag nachkommt, den gewährten Kredit also vereinbarungsgemäß zurückzahlt. Es ist auch möglich, daß der Sicherungsgeber seinen Verpflichtungen aus dem Darlehnsvertrag mit Hilfe der eingezogenen Beträge nachkommt. Jedenfalls sind die abgetretenen Forderungen für den Sicherungsnehmer solange ohne Interesse, wie er den gewährten Kredit vertragsgemäß zurückerhält. Er kann sein Geld nur einmal bekommen, und es ist ihm letztlich gleichgültig, ob er es direkt vom Kreditnehmer oder vom Drittschuldner erhält. Wird der Darlehnsvertrag erfüllt, wird das Sicherungsgeschäft überflüssig, oder tritt es zumindest in den Hintergrund.

Die Verwendung der sichernden Forderungen zur Kreditabdeckung entspricht auch dem wirtschaftlichen Inhalt des Kreditgeschäfts.¹ Die Mobilisierung der Forderungen zur Kreditsicherung verschafft dem Kaufmann vorzeitig die Werte, die in den Forderungen stecken. Daher erscheint es sinnvoll und gerecht, die Werte bei Fälligkeit dem zukommen zu lassen, der sie dem Kaufmann vorgestreckt hat. Soweit die kreditgebende Bank die Werte vorgestreckt hat, sollte sie Inhaberin der sichernden Forderungen werden.

III. Gefahren der Vollrechtsübertragung

1. Übersicherung des Kredits

Eine Gefahr bei der Übertragung der Vollrechtsinhaberschaft kann allenfalls darin gesehen werden, daß die Bank Inhaberin von Forderungen wird, die in ihrem Wert über den gewährten Kredit hinausgehen. Denn dann werden Vermögenswerte des Kreditnehmers blockiert, abgesehen von der damit zusammenhängenden Gefahr der wirtschaftlichen Knebelung des Kreditnehmers.²

In Deutschland ist es aber durchaus möglich, daß die sichernden Forderungen den gewährten Kredit um 20-25 %, ja sogar bis um 50 % übersteigen.³

¹ Sentz, S. 64 ff..

² Zu den Gefahren der Übersicherung vgl. Herold-Lippisch, S. 58; Rödl, BB 1967, 1301 ff. Zur wirtschaftlichen Knebelung vgl. Westermann, Interessenkollisionen, S. 10 f.; Westermann, § 43 VI.

³ Scholz, N., 183-185, m.w.N.; Rödl, a.a.O..

Diese Gefahr der übermäßigen Sicherung besteht nicht beim Wechsel, da dem Wechsel immer ein entsprechendes Geschäft zugrundeliegt - wenn man betrügerische Machenschaften wie Kellerwechsel oder Wechselreiterei außer acht läßt. Der gewährte Kredit entspricht auch immer der Höhe der Wechselforderung.

Die Gefahr ist größer bei der Sicherungsabtretung im deutschen Recht wegen der Trennung des Kreditgeschäfts vom eigentlichen Sicherungsgeschäft. In Frankreich ist das zugrundeliegende Rechtsgeschäft mit dem Wechsel verbunden; dem Aussteller wird durch die Diskontierung ein Kredit nur in Höhe des Wechsels gewährt, während im deutschen Recht der Kredit unabhängig von der Sicherung gewährt wird.

Bei der Sicherungsabtretung wird der Kredit nicht mehr auf Grund der sichernden, zugrundeliegenden Forderung, in der Erwartung des Erlöses aus dem Verkauf einer Ware, der Erbringung einer Dienstleistung gewährt, sondern wegen des Vertrauens in die gesamte finanzielle Situation des Kreditnehmers. Das einzelne, sichernde Rechtsgeschäft tritt in der Bedeutung zurück. Die Kreditgewährung ist nicht mehr in erster Linie Vorwegnahme des aus dem sichernden Rechtsgeschäft zu erwartenden Erlöses.

Die Übersicherung des Kredites bei der Sicherungsabtretung kommt auch daher, daß der Kreditnehmer nicht die Qualität einer jeden einzelnen zedierten Forderung nachprüfen kann. Eventuelle Einwendungen und Einreden des Drittschuldners werden nicht wie beim Wechsel durch die Begebung abgeschnitten; die zedierten Forderungen enthalten daher für den Sicherungsnehmer ein höheres Risiko. Deshalb lassen sich die Banken ihren Kredit entsprechend sichern bzw. übersichern.

2. Die doppelte Verwendung derselben Forderung zu Sicherungszwecken

Noch eine weitere Gefahr entsteht durch die Trennung des Kreditgeschäfts vom Sicherungsgeschäft bei der Sicherungsabtretung: Die Gefahr der Doppelabtretung derselben Forderung und damit

eine Kollision der Interessen der Geldkredit- und Warenkreditgeber.¹

Allerdings entsteht diese Gefahr nicht allein aus der beschriebenen Trennung von Kredit- und Sicherungsgeschäft, sondern die Doppelabtretung wird erst ermöglicht durch die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen und die Heimlichkeit der Sicherungsabtretung.² Dennoch spielt die Trennung von Kredit- und Sicherungsgeschäft eine Rolle und macht auch die Rechtsprechung des BGH zum Interessenkonflikt der Waren- und Geldkreditgeber verständlich. Der BGH hatte in seiner Entscheidung vom 30.4.1959³ festgestellt, daß die Abtretung zukünftiger Forderungen im Rahmen einer Globalzession an einen Geldkreditgeber sittenwidrig sei, wenn sie nach dem Willen der Vertragsparteien auch solche Forderungen umfassen soll, die der Zedent seinem Lieferanten auf Grund verlängerten Eigentumsvorbehaltes abtrete oder abtreten müsse. Der Zedent werde damit praktisch gezwungen, gegenüber seinem Lieferanten grobe Vertragsverletzungen zu begehen.

Mit dieser Entscheidung hatte sich der BGH - mit anderer Begründung - auf die Seite derer gestellt, die ohne Rücksicht auf das Prioritätsprinzip die sichernden Forderungen dem Warenkreditgeber zusprechen wollten.⁴ Damit wäre wieder eine Verbindung hergestellt zwischen dem Darlehn und der sichernden Forderung und dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft.

Noch deutlicher wird dieser Gedanke im Urteil vom 2.2.1960⁵, in dem entschieden wurde, daß eine Globalzession zukünftiger Forderungen, die auf Grund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts an den Lieferanten abgetreten werden, dann nicht sittenwidrig ist, wenn der Zedent den von der Bank gewährten Kredit dazu verwendet, den Warenkreditgeber zu befriedigen. Auch hier wäre die

1 Eine eingehende Erörterung dieser Frage würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Aus der umfangreichen Literatur: Westermann, Interessenkollisionen, S.13 ff m.w.N.; Flume, NJW 1950, 845 ff; zusammenfassend: Serick, BB 1960, 141 ff m.w.N..

2 Westermann, Interessenkollisionen, S.13 ff..

3 BGHZ 30,149.

4 Flume, NJW 50,845; vgl. die weiteren Nachweise bei Serick, BB 1960, 141 ff..

5 NJW 1960,1003; ähnlich das Urteil vom 30.10.1961, WM 1962,13.

Verbindung zum zugrundeliegenden Rechtsgeschäft hergestellt, der gewährte Kredit - sowohl der des Waren- wie der des Geldkreditgebers - wäre die Vorwegnahme des aus dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft zu erwartenden Gewinnes.

Im französischen Recht ist die Möglichkeit einer solchen doppelten Verwertung der Forderungen zu Kreditsicherungszwecken sowohl bei der Verpfändung als auch bei der Provisionsdoktrin ausgeschlossen. Dort ist durch die Verkörperung der Forderung im Wechsel und dadurch, daß die Entstehung des Pfandrechts an die Besitzentziehung des Pfandschuldners gebunden ist, die doppelte Verwendung unmöglich. Außerdem wird durch die Besitzentziehung des Pfandschuldners und die Anzeige bei der Verpfändung eine Offenlegung des Sicherungsverhältnisses erreicht und somit eine doppelte Verwendung verhindert. Beim Wechsel wird derselbe Zweck durch die Verkörperung der Forderung im Wechsel und die Bindung der zugrundeliegenden Forderung an den Wechsel erreicht. Durch die Vorlage des Wechsels erfährt der Bezogene - das ist der Drittschuldner - von dem Kredit; der Wechsel wird eher vorgelegt werden als im deutschen Recht die Sicherungsabtretung dem Drittschuldner angezeigt wird.

2. Kapitel: Die Bedeutung des Sicherungsgeschäftes im Gesamt- rahmen des jeweiligen Kreditverhältnisses

Eine vergleichende Betrachtung der Verwendung von Forderungen zur Kreditsicherung ergibt, daß sich im deutschen und französischen Recht ähnliche Ergebnisse erzielen lassen, auch wenn die Technik nicht immer gleich ist.

Es ist aber zu bedenken, daß es nicht allein auf die Sicherung des Kredits ankommt, sondern die Abwicklung des Kreditverhältnisses insgesamt gesehen werden muß.

I. Die "délégation de marché"

So ist die "délégation de marché"¹ im französischen Recht zunächst von der Praxis, dann auch vom Gesetzgeber dahin entwickelt worden, daß sie nicht nur die Sicherung durch eine einzelne Forderung gewährleistet, sondern darüber hinaus noch andere Aufgaben bei der Abwicklung des gesamten Kreditverhältnisses übernimmt.

Der Kreditgeber soll die Möglichkeit erhalten, die Forderung selbst einzuziehen, damit ihm der Erlös aus der sichernden Forderung unmittelbar zugutekommt. Darüber hinaus mußten die bei der "délégation de marché" entstehenden Schwierigkeiten wegen der Zusammenarbeit mit verschiedenen Behörden bei der Auftragserteilung und der Auszahlung der fälligen Beträge gelöst werden. Schließlich sollte die kreditgebende Bank noch ein besonderes Recht auf Auskunfterteilung über den Stand der Arbeiten, die zwecks Ausführung des Auftrages unternommen werden, erhalten.

All diese Funktionen ergeben sich nicht unmittelbar aus dem Sicherungszweck und lassen sich nicht erkennen, wenn man nur die juristische Lösung des Sicherungsproblems betrachtet, nur die bei der Kreditsicherung erzielten Ergebnisse gegenüberstellt.

II. Die Provisionsdoktrin im Verhältnis zu den Aufgaben des Wechsels

Ähnlich ist es beim Vergleich der Sicherungsabtretung mit der Provisionsdoktrin. Die große Ähnlichkeit der eigentlichen Sicherungswirkungen, die mit diesen Instituten erzielt werden können, haben dazu geführt, die Provisionsdoktrin als das wirtschaftliche Äquivalent der Sicherungsabtretung in einer anderen Rechtsordnung zu bezeichnen.²

¹ s. oben S. 55 ff..

² Arndt, JW 1931, 3045 ff; Tardon, S. 109 ff..

Aber auch hier darf man nicht übersehen, daß die Funktionen, die die Provisionsdoktrin und die Sicherungsabtretung auszufüllen haben, im Zusammenhang mit der übrigen Kredittechnik zu sehen sind.

Man darf die Provisionsdoktrin nicht losgelöst sehen vom Wechsel. Die Provision hat unbestritten eine Sicherungsfunktion und als solche die gleichen Wirkungen wie die Sicherungsabtretung. Stellt man sie aber in den Gesamtrahmen der Kredittechnik bei Forderungen, so muß man doch Unterschiede zum deutschen Recht sehen. Die Provisionsdoktrin erfüllt nur eine Teilaufgabe im Rahmen dessen, was der Wechsel erreichen soll.

Der Wechsel hat in Frankreich für den inländischen Verkehr eine vierfache Funktion:

1. Er dient zunächst zur Einziehung der in ihm verkörperten Forderung. Hierzu ist er besonders geeignet, weil die Nichtzahlung bei Fälligkeit zum Protest führt und die Zahlungsunfähigkeit des Bezogenen offiziell feststellt. Die drohende Wirkung wird weiterhin unterstützt durch die Tatsache, daß in den meisten Fällen der einziehende Wechselinhaber eine Bank ist, die nicht auf Grund persönlicher Beziehungen zum Schuldner Rücksicht nehmen muß.
2. Die Umwandlung der Forderung in eine Wechselforderung bringt eine größere Sicherheit für den Wechselinhaber mit sich, da der Bezogene ihm keine Einreden und Einwendungen entgegenhalten kann, die sich aus dessen Beziehungen zu einem früheren Wechselinhaber oder dem Aussteller ergeben. Außerdem fixiert der Wechsel das Fälligkeitsdatum der Forderung.
3. Der Wechsel dient als Kreditinstrument, und erst in dieser Funktion spielt die Provision eine Rolle, indem sie die Sicherheit des Kreditgebers erhöht. Der Kreditgeber erhält ein Recht auf die zugrundeliegende Forderung.
4. Als vierte Aufgabe hat der Wechsel wie in Deutschland zur erneuten Mobilisierung der Bankforderung gegen den Kreditnehmer beim "Institut d'Emission" zu dienen. Es handelt sich um den sog. Rediskont, zur Erhöhung der Reserven der Banken.

Wenn auch der Wechsel in Deutschland mit Ausnahme der Kreditsicherung durch das Recht auf die zugrundeliegende Forderung die gleichen Aufgaben übernehmen kann wie in Frankreich, hat er doch als Kreditinstrument eine andere Bedeutung als in Frankreich. Das beruht auf den unterschiedlichen Handels- und Geschäftsgebräuchen. Der Wechsel hat gewisse Vorzüge, die gerade in Frankreich besonders geschätzt werden. Die Vorteile, die sich der Kaufmann oder Unternehmer vom Wechseldiskont erhofft, kann man folgendermaßen zusammenfassen:

Durch den Wechseldiskont erhält der Kaufmann die nötigen Mittel, ohne daß sich die Bank in seine Geschäftsbeziehungen einzumischen braucht. Der Wechseldiskont wahrt in etwa das Geschäftsgeheimnis und verobjektiviert die Beziehungen zur diskontierenden Bank ebenso wie zum Kunden, auf den er den Wechsel gezogen hat. Diese Verobjektivierung erlaubt dem Kaufmann auch, mit mehreren Banken gleichzeitig zusammenzuarbeiten. Die Bindung der Forderung an den Wechsel und der Besitz dieses Papiers schützen die kreditgebende Bank gegen eine doppelte Verwendung der Forderung. Der Kreditgeber kann sich jederzeit von der Richtigkeit des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts überzeugen, indem er den Wechsel dem Bezogenen vorlegt, ohne daß der Bezogene Verdacht an der Zahlungsfähigkeit des Ausstellers, seines Kunden, zu schöpfen braucht. Außerdem braucht der Kreditnehmer sich nicht um die Einziehung der Forderung zu kümmern, die durch die "mächtige" Bank erfolgt.

Der Kaufmann kann bei einem Warenwechsel immer sicher sein, einen der Wechselforderung entsprechenden Kredit zu bekommen.

Diesen Vorteilen des Wechseldiskonts für den Kaufmann und Unternehmer stehen aber Nachteile für die den Wechsel diskontierende Bank gegenüber. Diese Nachteile bestehen darin, daß der Wechsel hohe Verwaltungskosten verursacht.¹ So muß der Wechsel am Ort des Bezogenen vorgelegt werden, die Wechselfälligkeit muß genau überwacht werden. Eine sorgfältige Diskontierung erfordert, sich auch über die Finanzkraft der Wechselunterzeichner zu informieren.

¹ Diese Nachteile wurden schon von Feibelmann erkannt (S.71 f) und als Argument gegen die Einführung der Provisionsdoktrin in das deutsche Wechselrecht angeführt.

Diese hohen Kosten der Überwachung des Wechsels und die Tatsache, daß sich die Bearbeitung des Wechsels banktechnisch kaum rationalisieren läßt, haben dazu geführt, daß in Frankreich eine Reform des Kreditrechts überlegt wird. Die Kaufleute sollen davon überzeugt werden, daß der Wechsel als Kreditinstrument zu teuer ist. Um die Kaufleute von der Kreditbeschaffung durch Wechseldiskont abzubringen, sollen die Banken die wahren Kosten der Wechseldiskontierung auf den diskontierenden Wechselaussteller abwälzen, was bisher noch nicht der Fall war.¹

Man kann sagen, daß das französische Recht den Wechsel derart perfektioniert hat, daß er zu viele Funktionen zugleich übernehmen soll, die auf andere Weise billiger ausgeführt werden können. So versucht man jetzt in Frankreich, die Einziehung der Forderung von der Mobilisierung als Kreditsicherung zu trennen.²

An dieser Stelle tritt nun der Unterschied zur Kreditsicherung durch Forderungen im deutschen Recht klar hervor: Ebenso wie die Provisionsdoktrin mit der Wechseldiskontierung gesehen werden muß, muß die Sicherungsabtretung im Zusammenhang mit den Kreditverträgen insgesamt gesehen werden. In der Regel arbeitet in Deutschland der Kaufmann nur mit einer Bank zusammen, die seine Finanzstärke kennt und beobachtet und sich nur zur Sicherheit die Außenstände abtreten läßt.

Trotz der dinglichen Sicherung durch Abtretung der Außenstände ist eine Überwachung der Geschäftstätigkeit des Kreditnehmers notwendig, so daß man eher von einem Personalkredit als von einem Realkredit auch bei der Sicherungsabtretung sprechen kann.³

Außerdem braucht sich in der Regel die Bank nicht um die Einziehung der Forderungen zu kümmern. Der Kreditnehmer hat ein Konto bei der kreditgebenden Bank, auf das die Drittschuldner die fälligen Forderungen überweisen, und an dem die Bank ein Sicherungsrecht auf Grund ihres Vertrages mit dem Kreditnehmer oder auf Grund ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat.

¹ vgl. dazu den Bericht der "Kommission Gilet" S.12.

² Kommission Gilet, S.11 ff; vgl. auch Auszüge aus dem Bericht in Banque 1967, S.5.11; es würde zu weit führen, die geplante Änderung hier zu untersuchen, zumal die Wechseldiskontierung in ihrer jetzigen Form weiterbestehen soll, nur durch Erhöhung der Bankprovision ihre Anwendung vermindert werden soll.

³ Koch, Kredit im Recht, S.35; vgl. auch BGH WM 62, 13 ff..

Diese enge Zusammenarbeit zwischen Kreditgeber und -nehmer ist aber auch der einzige Schutz gegen die erwähnten Nachteile der Heimlichkeit der Abtretung und der Abtretung zukünftiger Forderungen.

Die Bank muß ihren Kunden kennen und im Vertrauen darauf bei der Mittelbereitstellung mit ihm zusammenarbeiten. Das erfordert aber auch, daß der Kreditnehmer nur mit einer Bank zusammenarbeitet.

Zusammenfassend kann man sagen, daß die Sicherungsabtretung und die Provisionsdoktrin in den Ergebnissen übereinstimmen, wenn man diese isoliert betrachtet. Erhebliche Unterschiede lassen sich erst feststellen, wenn man die Institute in den Gesamtzusammenhang der Kreditverträge stellt.

Ein Vergleich der Kreditsicherung durch Forderungen in Deutschland und in Frankreich führt zu der Schlußfolgerung, daß die Ergebnisse der Sicherungsabtretung im deutschen Recht denen der Provisionsdoktrin im französischen Recht ähneln.

Von der Funktion her gesehen kann die Provisionsdoktrin als das wirtschaftliche Äquivalent der deutschen Sicherungsabtretung bezeichnet werden.¹ Doch wird bei dieser Betrachtungsweise außer acht gelassen, daß die Provisionsdoktrin im Zusammenhang mit dem Wechsel gesehen werden muß. Der Wechsel hat in Frankreich noch weitere Aufgaben zu übernehmen, die der Sicherungsabtretung im deutschen Recht fehlen.

Beschränkt man sich aber auf die Frage, wie die Kreditsicherung durch Forderungen im französischen und deutschen Recht geregelt ist, kann man große Ähnlichkeiten in den Ergebnissen des deutschen und französischen Rechts feststellen.

Die Sicherungsabtretung kann sowohl zur Sicherung durch eine Einzelforderung als auch zur Sicherung durch ein Bündel laufender Forderungen dienen. Im französischen Recht hat sich für die Sicherung durch eine Einzelforderung (insbesondere bei Forderungen gegen die öffentliche Hand) die Verpfändung (*délégation de*

¹ Arndt, JW 1931, 3045 ff.; Tardon, S. 109 f..

de marché) durchgesetzt. Der Wechsel dagegen ermöglicht in Frankreich sowohl die Sicherung durch eine Einzelforderung als auch durch ein Bündel von Forderungen. Insoweit stimmen die Ergebnisse der Provisionsdoktrin mit denen der Sicherungsabtretung überein.

Nun ist aber die Sicherung des Kredites nur eine Einzelfrage im Rahmen der Kreditgewährung. Dehnt man den Vergleich zwischen dem französischen und deutschen Recht auf die Art und Weise der Kreditgewährung und das gesamte Kreditverhältnis aus, stellt man erhebliche Unterschiede fest. Der Wechsel hat in Frankreich als Kreditinstrument eine wesentlich größere Bedeutung als in Deutschland. Ihm sind mehrere Aufgaben übertragen, die im deutschen Recht voneinander getrennt werden. Die Sicherung des Kredits durch die dem Kreditnehmer gegen einen Dritten zustehende Forderung ist nur eine der Aufgaben des Wechsels.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, die Verwendung von Forderungen zur Kreditsicherung im deutschen und französischen Recht zu untersuchen. Sie kommt zu der Feststellung, daß diese Frage in Deutschland und in Frankreich durch zwei ganz verschiedene Institute geregelt wird, die hiermit erzielten Ergebnisse sich aber sehr ähneln.

Am Schluß der Arbeit sei nur noch darauf hingewiesen, daß diese Ähnlichkeit der bei der Kreditsicherung durch Forderungen erzielten Ergebnisse nicht für die gesamte Abwicklung des Kreditverhältnisses gilt.

3. Kapitel: Die aus dem Vergleich zu ziehenden Folgerungen

Bei der Suche nach einer Lösung für die sich meist aus der Heimlichkeit ergebenden Probleme der Sicherungsabtretung bietet es sich an, Folgerungen aus dem vorliegenden Vergleich zu ziehen.

Doch ist zunächst festzustellen, daß auch das französische Recht keine ideale Lösung der Kreditsicherung durch Forderungen gefunden hat.

Daß sich das Problem der Heimlichkeit der Abtretung nicht einfach durch die Anzeige des Sicherungsverhältnisses an den Drittschuldner lösen läßt, beweist das französische Recht. Die Verpfändung von Forderungen setzt im französischen Recht für ihre Wirksamkeit die Anzeige an den Drittschuldner voraus.

Dadurch kompliziert sich aber die Verpfändung. Darüber hinaus erschweren noch andere Voraussetzungen die Sicherungsbestellung durch Verpfändung einer Forderung. Die Verpfändung wird nur in geringem Maße auf kaufmännische Forderungen angewendet. In der Hauptsache wird sie verwendet zur Sicherung durch Forderungen, die dem Kaufmann oder Unternehmer gegen den Staat oder öffentlich-rechtliche Körperschaften zustehen und wegen der Zusammenarbeit mit einer oder mehreren Verwaltungsbehörden von sich aus eine kompliziertere Behandlung erfordern.

Im übrigen würde die Offenlegung des Sicherungsverhältnisses durch Anzeige an den Drittschuldner den deutschen Geschäftsgebräuchen widersprechen und die Probleme nur teilweise lösen. So würde das Problem der Übersicherung bestehen bleiben, während der Schuldner die Offenlegung seines Kreditbedürfnisses in Kauf nehmen müßte. Ein solcher Vorschlag wurde schon von Lehmann¹ abgelehnt, obwohl er sich der Nachteile der heimlichen Sicherungsabtretung bewußt war.

Auch der Vorschlag, ähnlich wie im französischen Recht die zugrundeliegende Forderung mit dem Wechsel zu verbinden, erscheint überholt;² nicht aus Gründen, die auf rein rechtlichem Gebiet liegen, sondern weil der Wechsel als Kreditinstrument banktechnische Probleme aufwirft.³ Diese Probleme zeigen sich deutlich in den Bestrebungen der französischen Regierung, den Kaufmann und Unternehmer von der Verwendung des Wechsels als Kredit- und Zahlungsmittel abzubringen, indem die effektiven Kosten auf den Kreditnehmer abgewälzt werden. Diese Kosten sind schon so hoch, daß sie die Diskontierung von Wechseln nicht mehr attraktiv machen.⁴

¹ Lehmann, Reform der Kreditsicherung, S.30.

² Neis, S.101 ff; Paul, "Gedekte Warenwechsel?", ZGHR, Bd.102, S.319 ff..

³ vgl. oben S.121 f..

⁴ vgl. den Bericht der "Kommission Gilet", S.11 ff..

Zwar muß zugegeben werden, daß sich die Verwendung des Wechsels nicht durch die Verbindung der zugrundeliegenden Forderung mit dem Wechsel kompliziert, sondern durch die zwangsläufige Kontrolle des Wechsels durch die Bank. Letztere hat die Kreditwürdigkeit der Wechselunterzeichner zu prüfen, was allerdings bei jeder Art von Kreditgewährung notwendig ist. Darüber hinaus ist der Wechsel auf seine Fälligkeit zu überwachen, er muß dem Bezogenen an dessen Wohnsitz vorgelegt werden. Gerade das bringt Kosten mit sich, die sowohl nach französischem als auch nach deutschem Wechselrecht entstehen, nicht aber bei der Sicherungsabtretung.

Daher ist es verständlich, daß in Frankreich nach anderen Möglichkeiten der Kreditsicherung gesucht wird. Man will die durch die Übertragung von mehr Funktionen auf den Wechsel entstandenen Probleme lösen, indem man die verschiedenen Funktionen des Wechsels voneinander trennt. Insbesondere soll die Kreditsicherung von der Einziehung der Forderung unabhängig sein. Auch die Inanspruchnahme von Kredit bei mehreren Banken gleichzeitig soll unterbunden werden.¹ Wenn zwar die Kreditsicherung durch Forderungen unter den sogenannten Realkredit fällt, erfordert doch gerade diese Sicherungsform eine erhöhte Überwachung des Kreditnehmers auf seine Kreditwürdigkeit insgesamt und damit die vertrauensvolle Zusammenarbeit nur mit einer Bank, was beim Wechsel nicht gewährleistet ist. Damit strebt man in Frankreich nach einer der deutschen Sicherungsabtretung ähnlichen Lösung, allerdings unter Vermeidung der sich aus der Heimlichkeit der Abtretung ergebenden Nachteile.

Die Reformbemühungen in Frankreich zeigen also, daß die Art der Kreditsicherung durch Forderungen, wie sie heute in Deutschland üblich ist, durchaus Vorteile hat. Diese liegen darin, daß die Kreditgewährung mehr auf dem Vertrauen des Kreditgebers in die gesamte finanzielle Situation des Kreditnehmers, als auf einzelnen Sicherungen beruht. Die Sicherungsabtretung in ihrer heutigen Form sollte daher nicht wegen der Heimlichkeit der Abtretung als gefährlich zurückgewiesen werden, sondern man sollte

¹ vgl. den Bericht der "Kommission Gilet", S. 11 ff..

versuchen, Lösungen für die einzelnen bei der Sicherungsabtretung auftretenden Probleme zu finden.

Hierbei können die im französischen Recht durch die Verbindung der zugrundeliegenden Forderung mit dem Wechsel erreichten Lösungen als Anregung dienen.¹

Desgleichen wären die von der Kommission Gilet² angestrebten Regelungen der Kreditgewährung durch Diskontierung der Außenstände eine Untersuchung wert. Bei dieser Art der Kreditgewährung soll der Kreditnehmer seine vom Drittschuldner unterzeichnete Originalrechnung dem Kreditgeber vorlegen. Der Drittschuldner soll nur an den Kreditgeber befreiend leisten können.³

Diese Lösungen sind zwar auch im deutschen Recht gesehen⁴ und angestrebt worden⁵, doch scheiterte ihre Verwirklichung bisher immer an der Scheu des Kreditnehmers, sein Kreditbedürfnis gerade dem Drittschuldner gegenüber zu erkennen zu geben. Der Gesetzgeber hat es bisher nicht für notwendig gehalten, eine Offenlegung der Kreditverhältnisse zu fordern.

Eine Reform der Kreditsicherung durch Forderungen in Deutschland steht daher immer zunächst vor der Frage, ob es sich lohnt oder gar erforderlich ist, die Heimlichkeit der Sicherungsabtretung aufzugeben. Bei der Beantwortung dieser Frage mag ein Vergleich mit der Kreditsicherung von Forderungen in Frankreich nützlich sein.

1 vgl. neuestens den von Miller, S.192, gemachten Vorschlag einer gesetzlichen Regelung des Übergangs der Deckungsforderung. Vor ihm u.a. Neis, S.101 ff; Paul, Gedeckte Warenwechsel, ZHR 102, S.319 ff..

2 vgl. Bericht S.17 f..

3 Bericht der Kommission Gilet a.a.O..

4 vgl. Lehmann, Reform der Kreditsicherung, S.3 f; Paul, ZHR 102, 319 ff; Klaus, Bankarchiv 1933, S.97-107; Miller, S.177.

5 Vgl. die unter Anm. 4 angegebenen Autoren. Die Frage wird im allgemeinen im Zusammenhang mit der nichtakzeptablen Tratte behandelt.

LEBENS LAUF

Am 28. April 1941 wurde ich als Sohn des Regierungsrates Dr. Karl Klopp und seiner Ehefrau Helene, geborene Biesold, in Münster geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der katholischen Volksschule ging ich von Ostern 1951 an auf das humanistische Gymnasium Paulinum in Münster, wo ich im März 1960 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommersemester 1960 begann ich mit dem juristischen Studium an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster. Nach einem 2-semesterigen Studium an der Universität Lausanne (Schweiz) im Universitätsjahr 1961/62 und weiterem Studium in Münster legte ich im Juli 1964 vor dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Anschließend studierte ich an der Universität Montpellier (Frankreich) französisches Privatrecht. Im Juli 1965 nahm ich den Vorbereitungsdienst für das zweite juristische Staatsexamen beim Oberlandesgericht Hamm auf. Den Vorbereitungsdienst unterbrach ich zeitweise, um an der Universität Paris einen Doktorgrad für französisches Zivilrecht zu erwerben. Im April 1970 legte ich das zweite juristische Staatsexamen ab.

